



**EL APORTE DEL COMMON LAW ANGLOAMERICANO A LA REFORMA  
PROCESAL CIVIL EN CHILE.**

**Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.**

**Cristóbal Peña Mardones**

**Director de Tesis:  
Dr. Diego Palomo Vélez**

**Talca, Noviembre, 2018.**

## CONSTANCIA

La Dirección del Sistema de Bibliotecas a través de su unidad de procesos técnicos certifica que el autor del siguiente trabajo de titulación ha firmado su autorización para la reproducción en forma total o parcial e ilimitada del mismo.



Talca, 2022



*“Cuando los fundamentos racionales del contexto institucional se debilitan, doctrinas y prácticas que hasta ese entonces investían autoridad esencial, tornan crecientemente en simples tecnicismos, rituales legales carentes de sentido profundo”.*

Mirjian Damaska.

*“Porque en la mucha sabiduría hay mucha angustia, y quien aumenta su conocimiento, aumenta su dolor”.*

Eclesiastés, 1:18.

**AMDG**

## ÍNDICE

### **CAPÍTULO I. INTRODUCCION. FUNDAMENTOS, MARCO CONCEPTUAL E HIPÓTESIS.**

- 1.- Presentación.....pág. 8.
- 2.- Las fuentes de inspiración de las reformas. Pertinencia del análisis comparado propuesto. Las hipótesis fundamentales.....pág. 14.
- 3.- La evolución del proceso en el *common law* estadounidense hacia la adopción de los SARC de promoción pública, el rol del juez estatal y el estatuto de información del interviniente como insumos básicos de investigación.....pág. 17.
- 4.- El desafío de la convergencia: La incorporación institucional de herramientas y técnicas procesales provenientes del *common law* en los ordenamientos imperados por el *civil law*.....pág. 36.

### **CAPÍTULO II. CULTURAS Y SISTEMAS PROCESALES. ¿OBSTÁCULOS INSALVABLES O VASOS COMUNICANTES?**

- 1.- El contraste cultural y sus trasuntos jurídico – procesales.....pág. 46.
- 2.- La caracterización del policromático modelo angloamericano de resolución de litigios civiles en tiempos de hibridación de sistemas.
  - 2.1.- Falsos cognados y lugares comunes.....pág. 57.
  - 2.2.- El juicio por jurados.....pág. 64.
  - 2.3.- El juicio adversarial, partisano y dispositivo como (controvertido) paradigma procesal angloamericano.....pág. 84.
  - 2.4.- El modelo de juicio bifásico, ¿o lo que resta de él?.....pág. 99.

### **CAPÍTULO III. AL RESCATE DEL JUICIO ADVERSARIAL. EL ESTATUTO DE INFORMACIÓN DEL LITIGANTE (*DISCOVERY* Y *DISCLOSURE*), LOS SISTEMAS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (*SARC/ADR*) Y LA GESTIÓN DEL LITIGIO (*MANAGERIAL JUDGEMENT*).**

- 1.- Mitigando los excesos del adversarial. Concepción e inserción de las herramientas de contingencia.....pág. 106.
- 2.- El imprescindible estatuto de información del litigante, *discovery* y *disclosure*. Su vinculación directa con las garantías de los intervinientes, con el *due process of law* y con la optimización del *adversary*.

2.1.- La prevalencia de las asimetrías.....pág. 110.

2.2.- El desarrollo del modelo inglés y sus medidas de contención.....pág. 128.

### **3.- Los SARC/ADR, su justa dimensión jurisdiccional y funcional.**

3.1.- Dos digresiones previas.....pág. 133.

3.2.- Los SARC y su inserción en la administración estatal de justicia.....pág. 145.

### **4.- La gestión judicial (*managerial judgment*) como enlace entre *discovery* y SARC de referencia jurisdiccional.**

4.1.- El juez estatal a la defensa del adversarial.....pág. 171.

## **CAPÍTULO IV. CONVERGENCIA, SUSTENTO Y COMPLEMENTAREIDAD. HERRAMIENTAS E INSTITUCIONES ORIENTADAS HACIA EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL CHILENA.**

### **1.- El contraste de instituciones en el plano forense.**

1.1.- El diagnóstico situacional: ¿paralelos inevitables o simples coincidencias?.....pág. 195.

1.2.- El proceso civil chileno y las analogías que demuestra su desarrollo.....pág. 201.

1.3.- Los prevalentes conflictos de congruencia.....pág. 214.

1.4.- El estatuto de información del interviniente como pieza central de análisis.....pág. 218.

### **2.- La inexcusable (e inexplicable) omisión de un estatuto de información del litigante en los modelos de reforma. Institucionalidad fundamental y angular del juicio adversarial de corte oral.**

2.1.- Un diseño amenazado por una superable omisión.....pág. 227.

2.2.- Dificultades compartidas y soluciones disponibles.....pág. 241.

2.3.- La experiencia chilena en torno a la revelación antejudicial de información.....pág. 250.

### **3.- El llamado a promoción de los SARC modelado como herramienta funcional a los procesos reformados de justicia civil.**

3.1.- Una lectura forense de la nueva concepción del estatuto SARC....pág. 266.

3.2.- La arriesgada apuesta por los ADR en el estado actual del arte.....pág. 272.

**4.- *Last but never least*: la operación de los sistemas reformados en eras de conflicto de poder. Gestión del litigio entre potestades forenses y jurisdiccionales. Conclusiones necesarias.**

4.1.- La ineludible perspectiva forense.....pág. 283.

4.2.- El inevitable contraste con el activismo judicial.....pág. 291.

4.3.- La gestión del litigio, tarea compartida.....pág. 296.

**5.- Y ahora, los reformadores.....pág. 299.**

**BIBLIOGRAFÍA.....pág. 301.**

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. FUNDAMENTOS, MARCO CONCEPTUAL E HIPÓTESIS.

### 1.- Presentación.

Desde hace casi ya dos décadas y, en concreto, a partir de la introducción del Código Procesal Penal de 2000 y de los intensos trabajos preparatorios que le precedieron, el estatuto procedimental jurídico chileno, viene siendo objeto de las más profundas reformas estructurales de los últimos 150 años. Todas éstas han sido enmarcadas en el contexto de iniciativas que, en su conjunto, han sido dadas en llamar como de “*modernización de la justicia*”<sup>1</sup>, definida por los reformadores como “...una política que tiende a adecuar el conjunto de las instituciones que participan de la administración de justicia a los procesos de desarrollo político y económico que ha experimentado Chile en las últimas dos décadas.”<sup>2</sup>. La última de iniciativas en este ámbito, concierne a aquella que toca a la justicia civil en su más amplio espectro (civil patrimonial, comercial, contencioso administrativo) en circunstancias que, paradójicamente, estaba y está llamada a constituir la regla supletoria de general aplicación, escenario que ha acarreado no pocos dilemas en lo que va de vigencia de las reformas en aplicación. El énfasis en el contraste y la modernización, pues, perduran<sup>3</sup>.

Las reformas propuestas en este proceso, tal y como ocurre con aquellas se encuentran ya en régimen dentro de nuestros ordenamientos procedimentales como normas positivas, presentan ciertas características, rasgos que de manera casi transversal permiten identificarlas como parte del proceso en cita. Así, reconocen ellas, por una parte, en línea con el grueso de las reformas en marcha y en curso de ser aplicadas en esta área, una marcada tendencia hacia la estructuración de procedimientos jurisdiccionales estatales heterónomos en los que impera poderosamente el modelo adversarial, preponderantemente modelado en torno a las nociones de juicio oral contradictorio<sup>4</sup>, los que preservan porciones

---

<sup>1</sup> Planificación Estratégica del Poder Judicial. Plan 2015-2020 (PEPJ), p. 13, disponible en <http://www.pjud.cl/documents>, visitado el 27.feb.2017. .

<sup>2</sup> Código Procesal Penal, Mensaje, p. 11.

<sup>3</sup> “La consolidación de éstas y otras reformas como la relativa al nuevo procedimiento laboral, ha revelado con mucha fuerza la necesidad de extender estos principios y el impulso modernizador al sistema de enjuiciamiento civil y comercial, el cual no obstante su carácter de eje estructurante de todos los sistemas procesales nacionales, ha sido indebidamente postergado (...) A esto se agrega la incoherencia que representan los modernos avances en los otros sistemas procesales nacionales, con la pervivencia de un modelo de enjuiciamiento civil estructuralmente antagónico y a estas alturas afectado a una grave obsolescencia” Mensaje del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil (PNCPC), p. 12.

<sup>4</sup> Al extremo de identificársele, en el medio angloamericano, en una relación casi algebraica con las bases más fundamentales del justo y racional procedimiento (*due process of law*), portador *per se* de las garantías fundamentales del ciudadano frente al aparato estatal de justicia. Modelo adversarial y derechos esenciales del justiciable conforman, por lo tanto, un binomio indisoluble,

muy relevantes de la iniciativa procesal, en general, en manos de las propias partes intervinientes, que no ven desaparecer el rasgo dispositivo del litigio, pero que a la vez, reservan al juez, amén de su tradicional papel de adjudicación del resultado del pleito (hoy también en concurso con la promoción de los Sistemas Alternos de Administración de Justicia y, en términos más amplios, con la gestión del conflicto, como se verá más adelante<sup>5</sup>) el fundamental rol de dirección y ordenamiento, aún oficio, del proceso, sumado a una muy debatida ingerencia activa en cuanto a la función probatoria<sup>6</sup>.

Por otra parte, cabe consignar desde ya que la puesta en valor del modelo adversarial como elemento central en los procesos de reforma vincula, de manera central, con la fundamental controversia en torno a los valores cuyo privilegio y protección están llamados a formar parte del núcleo de la función jurisdiccional en su más amplio espectro, ora el establecimiento de la verdad material, histórica, como fundamento preponderante de dicha función, ora la resolución pronta, eficiente y económica del conflicto jurídicamente relevante como objetivo principal de toda la institucionalidad judicial, tanto estatal heterónoma como de referencia privada auto compositiva, comprometiendo el establecimiento de la verdad material en pos de una verdad formal, funcional a la solución del diferendo<sup>7</sup>. Esta dicotomía fundamental no ha sido realmente enfrentada en toda su extensión, aún, entre nosotros, optándose por un discurso de poca profundidad y que tampoco permite enfocar con propiedad la paradoja de una justicia penal crecientemente adversarial, de partes, y una propuesta de justicia civil que pareciera abdicar con frecuencia a este último modelo estructural<sup>8</sup>. Según se explicará en capítulos posteriores, esta cuestión da origen a una incongruencia entre discursos, modelos y objetivos que es necesario reclamar y transparentar.

A pesar de la ausencia de un análisis profundo relativo a la controversia recién mencionada que, en términos lógicos, pareciera ser primario y esencial, lo cierto es que los proyectos actualmente en vigencia exhiben, por otra parte, un aval público y transversal, traducido en una expresa promoción oficial, plasmada en instrumentos fundamentales de origen estatal, si bien postergada hasta la

---

que ha convocado y sigue convocando no poca de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos en torno a esta prerrogativa constitucional. Así en TARUFFO (2008) p. 50.

<sup>5</sup> RESNIK (1986) p. 550.

<sup>6</sup> Con amplitud de citas dogmáticas enraizada en los fundamentos del proceso civil angloamericano: TWINING (1990), en BERGMAN (2014) p. 953. Con asiento en los textos fundacionales de BENTHAM y WIGMORE, enseñan estos autores cómo en el medio del *common law* se superó, al menos desde la perspectiva forense, el dilema entre el establecimiento de la verdad material o histórica, frente a la verdad procesal o formal que TARUFFO catalogaría, desde la óptica del derecho continental, como el enfrentamiento entre verifilia y verifobia.

<sup>7</sup> DAMASKA (1997) p. 66.

<sup>8</sup> TARUFFO (2008) p. 25.

promulgación de los cuerpos legales pertinentes, hacia el favorecimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos (en adelante MASC, ADR o, más propiamente, Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, SARC, inclusivos últimamente, además, de aquellos reunidos bajo el acrónimo ODR, por “*on-line dispute resolution*”) de amplio alcance como salida negociada y preferentemente auto-gestionada al conflicto jurídicamente relevante.

Se pretende con ello, dar atención a una tendencia universalmente compartida, no siempre del todo reflexiva, en pos de la eliminación de aquellos obstáculos que impidan, en definitiva, acercar la solución pacífica de los diferendos a los interesados, quienes abandonan ya la posición de justiciables, como simples sujetos pasivos a la espera de la resolución de sus conflictos por parte del aparato estatal (modélico por demás de los sistemas de organización de justicia “jerárquica” que reclama para sí la “oficialidad” del proceso jurisdiccional<sup>9</sup>), para ocupar el rol de titulares del derecho fundamental de acceso a justicia (y no a “la” justicia), a quienes resulta imperioso facilitar, desde el mismo ordenamiento, mecanismos de entrada y salida del sistema caracterizados por su rapidez, amplitud, sencillez y que involucren costos razonables<sup>10</sup>, ello sin perjuicio de poner en sus manos, además, herramientas que permitan un acceso igualmente sencillo y ágil a soluciones, en principio, radicadas fuera del aparato estatal tradicional de justicia, pero no por ello no promocionadas desde esta última sede<sup>11</sup>, esfuerzo que pasa por una gestión racional y ponderada del diferendo que entregue al interesado la opción real de efectuar una decisión verdaderamente informada, funcional a sus intereses, punto este último de crucial relevancia, como quedará de manifiesto más adelante.

Resulta inevitable consignar, en este punto, nuevamente, el no superado conflicto que se mencionó en los párrafos anteriores y que dará pie a su análisis en profundidad más adelante, pues la promoción vigorosa de los SARC como medios privilegiados a ofrecer a los interesados como herramientas de resolución del conflicto, desde la propia sede estatal heterónoma, necesariamente importa, para el aparato público llamado a ofrecerla, una abdicación, a lo menos parcial, del establecimiento de la verdad material como objetivo prioritario y fundamental de los procesos jurisdiccionales imperados por una definición política del dispositivo decisorio estatal, esto es, un sesgo definitivo, hasta hoy embozado, no confeso, y aún no buscado, hacia la resolución del conflicto como objetivo prioritario de todos los sistemas de resolución del conflicto, en línea, precisamente, con los ordenamientos jurídicos angloamericanos<sup>12</sup> para los que el adversarial importa,

---

<sup>9</sup> DAMASKA (2000), p. 96.

<sup>10</sup> Mensaje del PNCPC 04-360 (2012), p. 19.

<sup>11</sup> CAPELLETI EL AL (1996) p. 13.

<sup>12</sup> DAMASKA (1997) p. 74.

necesariamente, una contienda conducida, primordialmente, entre partes soberanas del proceso de resolución del diferendo en su más amplio conjunto, libres por lo tanto de diseñar la salida que estimen más adecuada a sus intereses<sup>13</sup>.

Sin perjuicio de la serie de reparos que se vienen sólo de insinuar, es un hecho que la proclamación oficial de los medios alternativos como cauce de referencia privilegiada, ha llevado a que la puesta en marcha de éstos haya sido definido incluso, como se indicó, entre los objetivos estratégicos primordiales vinculados a la modernización en el acceso a justicia en el propio Plan de Desarrollo Estratégico del Poder Judicial para el quinquenio que finaliza en 2020, rutinariamente reiterados desde la cabeza de éste<sup>14</sup>, de manera que se trata de instituciones que, predeciblemente, imperarán el debate al interior de nuestro sector justicia en el futuro inmediato y por un período apreciable de tiempo<sup>15</sup>, particularmente si se toma en consideración que el propio instrumento ha definido como meta, para el año 2030, que el 50% de los tribunales de justicia cuenten con programas de oferta de SARC, objetivos en torno a los cuales ha trabajado, también, la instancia ejecutiva, con similares objetivos y propuestas<sup>16</sup>, demostrando con ello, además, la evidente inconsistencia que representa tratar los mismos, al menos en nuestro medio, como parcelas por completo separadas o independientes de la oferta estatal de justicia sin reflexionar siquiera previamente en torno a la serie de consideraciones vinculadas a la propia definición política de la jurisdicción estatal que el ordenamiento angloamericano recorrió en un tortuoso camino, aún no concluido, y que importó la inserción de una institucionalidad pública al interior del propio aparato judicial y, todo ello, sin perjuicio de la serie de connotaciones culturales que, más adelante, se analizan con detención.

---

<sup>13</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 101.

<sup>14</sup> "La justicia civil es, por distintos factores que influyen en ello, inaccesible para muchos. Uno de esos factores es la estructura y características de nuestros procedimientos civiles. Así, conflictos que son dignos de tutela judicial efectiva no llegan a tribunales, o, cuando llegan, son abandonados por carecer las partes de recursos para su completa prosecución. Ello explica, en una medida importante, el predominio de litigantes institucionales en nuestra justicia civil. La reforma no puede orientarse sólo a asuntos de trascendencia patrimonial, sino que ampliar su espectro a las pequeñas causas, con impulso decidido hacia la implementación de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, a objeto de cumplir con un sistema judicial civil íntegro y al alcance de todos" Discurso inaugural año judicial 2018, en [http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/-/asset\\_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/inauguracion-ano-judicial-2018-presidente-haroldo-brito-llama-a-trabajar-por-el-derecho-de-acceso-a-la-justicia](http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/inauguracion-ano-judicial-2018-presidente-haroldo-brito-llama-a-trabajar-por-el-derecho-de-acceso-a-la-justicia) (visitado 19.mar.2018).

<sup>15</sup> PEPJ (2013) p. 16, 17.

<sup>16</sup> "Panel de Expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos Informe Final Abril 2013" disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/07/Informe-Final-SARC.pdf> (visitado el 19.mar.2018).

Ocurre a este respecto, que la ineludible necesidad de vincular los ya indicados elementos basales del proceso de reformas (procedimientos oficiales de administración heterónoma tradicional de justicia adjudicativa, cuya modernidad pende en buena medida de la oralidad y adversarialidad, en paralelo con la promoción del uso intensivo de SARC por parte de los interesados, propuestas primordialmente a partir de la sede judicial estatal gracias a las herramientas de gestión del conflicto) parece, pues, más o menos evidente, y con ello, el imperativo de someter a éstas, por lo tanto, al escrutinio de doble alcance que representa un desafío primordial de cualquier investigación que centre la mirada en el modelo angloamericano, pues se impone un análisis, en consonancia con la óptica ya anunciada, a partir de la oferta que la justicia heterónoma hará de los SARC como fin a alcanzar, que inspirará, en línea con las propuestas oficiales, un desarrollo vigoroso de instituciones y herramientas consustanciales al aparato judicial a fin de obtener, a partir de ello, un producto armónico y funcional a los objetivos propuestos en esta área. Se identificará en contexto la así llamada “justicia multipuertas”<sup>17</sup> que incorpora componentes polinómicos de la oferta que enfrenta el interesado, tanto público como privado<sup>18</sup>, como propuesta de solución frente al conflicto jurídico, ello fin de determinar si, en concreto, diseña un estatuto tal que le permita a aquellos un acceso adecuadamente informado al sistema de resolución de conflictos, orientado a mayor o menor distancia por la judicatura estatal.

Es precisamente en éstas áreas en que la fuente comparada propuesta presenta un experiencia de, entre nosotros, hasta hoy, escasamente explorado alcance, y que por tanto, se impone abordar si se pretende alcanzar el objetivo propuesto, pues ya en esta temprana etapa de reflexiones el panorama descrito apunta que la experiencia angloamericana demuestra que la propuesta formal, institucionalizada de los SARC no puede omitir, sin correr el riesgo de afectar profundamente los derechos fundamentales del interesado al acceso a justicia, una vinculación profunda con la gestión racional del diferendo jurídicamente relevante y con el estatuto de información del litigante, conformando de esta manera el trío de entidades que concitarán la atención de nuestra investigación.

Dibuja el esquema ya descrito, además, el plan de trabajo que seguirá el análisis que se propone. Es así como se comenzará con una presentación formal del estado del arte, las hipótesis planteadas y las metas que se pretenden alcanzar en torno a los pilares a partir de los cuales que estructura aquella.

A continuación, se centrará la mirada en las insoslayables barreras culturales que es preciso sortear para alcanzar los objetivos propuestos en aras de promover la

---

<sup>17</sup> Privilegiado desde la propia cúspide la pirámide judicial chilena: MUÑOZ (2016) p. 16.

<sup>18</sup> ANDREWS (2012), p. 254.

convergencia con un sistema mirado, hasta acá, como extraño y ajeno a nuestras tradiciones jurídicas y aún institucionales, analizando con dicho fin, en profundidad, la concepción del aparato jurisdiccional y el rol que éste está llamado a desarrollar en el conflicto civil de relevancia jurídica.

Seguidamente, se pasará a describir en detalle la institucionalidad previamente mencionada y cómo se entrelazan indefectiblemente sus entidades entre sí y con los objetivos propuestos para la reforma procesal civil nacional, dibujando con ello el capítulo final, referido a la manera en que las tantas veces mencionadas estructuras pueden, efectivamente, encauzar buena parte de las metas que los mencionados proyectos anuncian y cómo, en definitiva, se puede afrontar el desafío que impone la convergencia.

Una última nota de orden en este capítulo introductorio, en torno al título asignado a la presente investigación: no ignoramos que los estatutos de resolución de conflictos civiles en los Estados Unidos y en Inglaterra presentan tal cantidad de rasgos diferenciadores entre ellos<sup>19</sup>, que no resulta desacertado sostener, parafraseando al genial George Bernard Shaw, que los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido, son dos naciones separadas por el mismo aparato judicial<sup>20</sup>, al extremo que resulta perfectamente legítimo sostener que el propio concepto de “*common law*” debe ser analizado bajo un prisma distinto en uno y otro medio<sup>21</sup>, aserto éste particularmente acertado y autorizado si se considera cómo se verificó, a uno y otro lado del Atlántico, la evolución de los componentes jurídicos esenciales del ordenamiento en análisis: el *common law* y la *equity*, pues mientras en el Reino Unido siguieron, por largo tiempo, carriles separados, en los Estados Unidos se fusionaron en las más tempranas etapas de su historia como nación<sup>22</sup>.

Se ha empleado el término genérico “*common law* angloamericano”, sin embargo, como una forma sencilla de abarcar las entidades de ambos ordenamientos en contraste con aquellas que reconocen su origen en la herencia continental – romano – canónica, como ocurre concretamente con los estatutos hispanoamericanos en general y chileno en particular. La decisión de buscar una denominación común no debe llamar, por tanto, a error, pues cada vez que ello se justifique, a la luz de los objetivos que esta investigación se propone, se hará la salvedad de distinguir entre los estatutos estadounidense e inglés, para poner de

---

<sup>19</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 404.

<sup>20</sup> Máxima referida originalmente a la lengua inglesa, atribuida también a Oscar Wilde y a Winston Churchill.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 389.

<sup>22</sup> SUBRIN (1987) pp. 919 - 923.

realce las diferencias que marcaron el desarrollo divergente de unas mismas instituciones<sup>23</sup>, que serán objeto de análisis.

## **2.- Las fuentes de inspiración de las reformas. Pertinencia del análisis comparado propuesto. Las hipótesis fundamentales.**

Resulta connatural a un proceso que ya va en curso de cubrir un período de más de diez años de informes y proyectos<sup>24</sup>, oficializados en mayor o menor medida, que las fuentes que se han consultado a los efectos de emprender la ingente tarea en comento hayan cubierto un rango amplísimo. Pero fuerza es reconocer también que, dentro de ellas, resulta manifiesta, pero no sorprendentemente recurrente, la referencia, aún expresamente reconocida en los mensajes oficiales, a la experiencia europeo continental de reformas procesales y, en especial, la española<sup>25</sup>, tanto en su dogmática como en su jurisprudencia, por haber emprendido este último ordenamiento, hace no largo tiempo, un profundo proceso de reformas no muy diverso al nacional, y que concluyó con la dictación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (que ya cuenta con relevantes reformas), de análogas inspiraciones a las propuestas nacionales y que, de hecho, provenía de un estatuto análogo al chileno<sup>26</sup>, inspiración que reconoce motivos que radican en fundamentos de toda lógica si se conjugan con una experiencia histórica compartida y una herencia cultural similar en un sinnúmero de aspectos<sup>27</sup>, sumado todo ello a la indiscutible facilidad que proyecta la unidad en torno a un lenguaje común que, fuerza es decirlo, no siempre opera como un facilitador de acceso a los canales científicos y culturales de un mundo globalizado que ha escogido otro idioma como *lingua franca*.

Con todo, ocurre que así como es manifiesta la aportación de los estatutos recién singularizados a nuestras iniciativas de modernización de la justicia, no se ha manifestado con igual vigor la indagación y análisis hacia el aporte que pudiese provenir de culturas jurídicas que, hasta no hace mucho, pudiesen haberse entendido ajenas a nuestra formación jurídico cultural y, concretamente, el que ofrecen los sistemas del *common law* angloamericanos (salvo en lo que toca a alguna tímida penetración de entidades insertas en el contexto del enjuiciamiento

---

<sup>23</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 378.

<sup>24</sup> El proyecto presentado en 2009 a consideración del legislativo por la administración Bachelet, fue precedido por a lo menos tres años de trabajo dogmático. Entre 2005 y 2006 se publican, de hecho, las primeras compilaciones de estudios doctrinarios patrocinados por diversas casas de estudio.

<sup>25</sup> Como ocurre singularmente con la ejecución provisional de la sentencia, entre otras instituciones: (PNCPC) 04-360 (2012), p. 24.

<sup>26</sup> DE LA OLIVA (2012), p. 265.

<sup>27</sup> PALOMO (2006), p. 460.

penal<sup>28</sup>) que, como se dijo, se miraban (y aún se contemplan), al igual que en buena parte de los ordenamientos de inspiración continental hispano parlante, con distancia y aún más, con una dosis no menor de recelo<sup>29</sup>, motivado por una serie de razones que, si bien responden a motivos mucha veces de carácter extrajudicial, como magistral y paradójicamente enseña la dogmática más autorizada<sup>30</sup>, terminan por conformar (estos motivos) el patrón a partir del cual se diseña el aparato estatal en su conjunto y el de la justicia en particular, haciendo de la hibridación un fenómeno inevitable y aún deseable, en pos del establecimiento de instituciones, herramientas y prácticas consonantes con principios y políticas fundamentales promocionadas desde la sede oficial, desde una perspectiva empírica, exenta de lastres de escasa valía.

A pesar de la pesada carga cultural, de la innegable gravitación de los ordenamientos de inspiración continental de habla castellana que han sido fuente directa de los ordenamientos hispanoamericanos de los que el chileno forma parte, y de la tradición forense fuertemente enraizada entre nosotros, es precisamente en los tópicos recién enunciados donde mejor se expresan los aportes que encierra y puede reportar, a los procesos de modernización de justicia civil, la experiencia del litigio civil en los ordenamientos del *common law* y en particular, el angloamericano.

Poderosos indicios apuntan en la dirección recién anunciada. En efecto; los modelos de inspiración adversarial oral, análogos a los que inspiran nuestras reformas son, por una parte, de larga data y uso intensivo en dichos medios (e incluso criticados por cuanto, en definitiva, el imperio casi absoluto de la voluntad de los intervinientes hace que la tasa de asuntos que llegan al juicio contradictorio estatal heterónimo sean mínimas<sup>31</sup>), en tanto que, por otra, no parece posible soslayar, a partir de la experiencia forense global, y así lo reconoce la doctrina más difundida<sup>32</sup>, que si existe un ordenamiento en que los SARC de promoción pública (tanto estatal como federal) se encuentran desarrollados al extremo de aplicar a una porción relevante e incluso preponderante de los diferendos civiles, comerciales y administrativos, es precisamente el norteamericano, medio en que la investigación empírica demuestra que una proporción porcentual que se mantiene en cifras de un dígito de los conflictos jurídicos llegan a ser resueltos en sede judicial estatal heterónoma, mediante una sentencia estatal de adjudicación propiamente dicha, proceso que ha experimentado una evolución creciente en pos

---

<sup>28</sup> Como ocurre, por ejemplo, con las salidas alternativas negociadas y su inspiración en la institución del *plea bargaining* estadounidense.

<sup>29</sup> MPCPC 04-360 (2012), p. 22.

<sup>30</sup> DAMASKA (2000), pp. 311.

<sup>31</sup> MONTERO (2014), pp. 87.

<sup>32</sup> BARONA (2010) p. 465.

de los SARC a lo menos desde la década de los 70 del siglo XX<sup>33</sup> y que obligará, más adelante, a adentrarnos en sus componentes más básicos<sup>34</sup>.

Si se agrega a lo ya dicho que los ordenamientos en referencia presentan diseños institucionales que no resultan indiferentes a nuestras reformas, vinculados principalmente, y en lo que resulta más patente, con la redefinición del papel del juez, con el equilibrio en el rol de las partes y de la magistratura estatal en la producción judicial de la prueba<sup>35</sup>, con sistemas recursivos restringidos, con el conocido modelo del tribunal multipuertas (*multidoor courtroom*), del paradigma de la gestión institucional del litigio (*managerial judge*), representado en Inglaterra por el “objetivo primordial” (*overriding objective*) y, estrechamente vinculado con todo lo anterior, la amplísima cabida a los SARC, tanto auto-compositivos como heterónomos<sup>36</sup>, su revista es imprescindible. En efecto; esta ligera revisión lleva necesariamente a concluir que cualquier esfuerzo de envergadura, omnicompreensivo, destinado a modernizar integralmente la justicia civil, con especial atención en los aspectos que se vienen de consignar, no puede sino prestar detenida y profunda atención a los ordenamientos del *common law* norteamericano (e inglés en una proporción más acotada en la medida que éste ofrece un salto evolutivo de relativamente reciente data en un sentido aún no definido, del que la literatura científica no da aún debida cuenta<sup>37</sup>), a fin de detectar en ellos, por una parte, si existen instituciones, presentes o por introducir, asimilables al ordenamiento nacional a partir de una evaluación científica, para así contrastar su funcionamiento y en qué medida la evolución de aquellas en el medio comparado presenta resultados que aconsejen su traspolación y utilización en el contexto ya adelantado.

En este orden de ideas, el escrutinio que se anuncia permitirá, a la vez, identificar instancias o institutos que encaucen el camino desde un procedimiento estatal

---

<sup>33</sup> RESNIK (1986), p. 498.

<sup>34</sup> Existe en esta cifra, por ejemplo, un número oculto, constituido por el gran número de asuntos que se resuelve mediante la negociación directa y privada entre los abogados de las partes, objeto de intensos debates y profundos cuestionamientos por la escasa transparencia que ofrece a los interesados. Con todo, es preciso reconocer que este tipo de salidas es incorporada por buena parte de la dogmática, a los SARC y parece por lo mismo propio, a lo menos en principio, sumarles al número de éstas. Se vuelve sobre esta “cifra negra” en capítulos posteriores.

<sup>35</sup> VIAL (2006), p. 711.

<sup>36</sup> CHASE (2005), p. 134.

<sup>37</sup> No nos referimos acá, o al menos no únicamente, a las profundas reformas emprendidas con las normas introducidas al estatuto procesal inglés (CPR) a partir del informe Wolff de 1999 sino que también, y muy especialmente, el “desacoplamiento” de las normas de armonización comunitaria que implicará el proceso de separación del Reino Unido de la Unión Europea que avanza lenta pero inexorablemente hacia unas consecuencias difícilmente predecibles y aún escasamente sondeadas, de las que sólo se sabe que demandarán esfuerzos, por decir lo menos, hercúleos: KOUROUTAKIS (2017).

adversarial de inspiración oral hacia una utilización amplia y omnicompreensiva de los medios alternos de resolución de conflictos, promovidos desde la misma instancia judicial y cuya asimilación, por consiguiente, sea aconsejable de evaluar al interior de nuestras estructuras procesales, incluso orgánicas, determinando, como es obvio, cuáles aspectos de las mismas sería necesario revisar a fin de lograr una transición pacífica, no traumática, hacia la nueva oferta de justicia que se ha propuesto entregar un rol más protagónico a los SARC<sup>38</sup> de la mano del juzgamiento estatal adversarial de corte predominantemente oral, haciendo en el proceso especial hincapié en una participación debidamente informada de los intervinientes, proporcionada con la de un juez llamado a gestionar el conflicto en armonía con los intereses y prerrogativas de éstos y no sólo a ponerle término a toda costa para alcanzar los estándares simplemente eficientistas que parecen predicar aquellos estatutos.

### **3.- La evolución del proceso en el *common law* estadounidense hacia la adopción de los SARC de promoción pública, el rol del juez estatal y el estatuto de información del interviniente como insumos básicos de investigación.**

**3.1.-** Atendiendo los parámetros que presenta la línea de razonamiento que se viene de trazar, corresponde recordar ahora que en la regulación de la litigación imperada por las reglas del *common law*, objeto comparatístico de esta investigación, reina prácticamente desde sus más remotos albores (y desde la sede inglesa, por cierto), el modelo adversarial oral, de amplia intervención de los litigantes en la conformación y dirección del proceso y que entrega a un juez, muchas veces no profesional (e incluso lego y no pocas veces electo), un rol marcadamente pasivo<sup>39</sup>, radicado en la dirección del mismo<sup>40</sup> (hoy en curso de ser, como analizaremos, sujeto a profunda revisión) y encargado, con todo, de resolver la controversia y aún ello con limitaciones, cuando se trata de juicios por jurado<sup>41</sup>.

Estos modelos, que tan lejanos parecen a nuestra herencia cultural jurídica, y que han presentado y sigue hoy dando lugar a profundas aprehensiones de parte de amplios sectores de la dogmática y de los operadores del foro nacional, imponen

---

<sup>38</sup> BARONA (2010), p. 490.

<sup>39</sup> MURPHY (1973), p. 21. Anota este autor refiriéndose incluso a las limitantes que observa la máxima autoridad judicial estadounidense: *“El primero y más relevante de las limitantes (de la acción judicial) consiste en que la Corte Suprema carece de formas de inciar acciones per se. Sus ministros no pueden dar comienzo a una acción. Pueden hacer política sólo decidiendo casos individuales, casos que los litigantes deben presentar a consideración de la Corte”*.

<sup>40</sup> *“El juez norteamericano, ha prestado un juramento de estarse quieto, callado y escuchar.”* CHASE (2005), p. 94.

<sup>41</sup> CHASE (2005), p. 83.

desde ya la necesidad de relevar que existen hoy en desarrollo en nuestro medio ciertas instituciones implantadas en las reformas actualmente vigentes, que encuentran porciones importantes de su inspiración en los modelos del *common law*, tal y como ocurre, por ejemplo, con la concentración de las facultades investigativas en un órgano administrativo especializado (la Fiscalía), o con el establecimiento de salidas negociadas del diferendo penal, no distante del “*plea bargaining*” que, por cierto, dicho sea de paso, constituye una forma de SARC llevada al ámbito de la justicia punitiva<sup>42</sup>.

Por otra parte, una adecuada comprensión del marco teórico que presenta la evolución del ordenamiento comparado, impone necesariamente tomar debida nota de la inveterada convicción anglosajona y estadounidense en especial, tendiente a rechazar la concentración de la autoridad en potestades unitarias de organización vertical<sup>43</sup>, inclusive la judicial, inspiración ésta cuyo origen más remoto encuentra raíces mucho más profundas que el establecimiento, entre nosotros, del Estado liberal que reinó al estructurar nuestros diseños procesales fundamentales. Esta indesmentible realidad ha llevado a que el Estado norteamericano en particular mantenga, tradicionalmente, una intervención social mucho más acotada que en las naciones de herencia continental, lo que se puede comprobar especialmente en los sistemas de prestación social, de salud o, paradigmáticamente, laboral<sup>44</sup> (y procesal laboral, es del caso agregar, pues en ellos se concede amplio y preferente margen a la salida negociada, modélica incluso de no pocos ordenamientos continentales, tendencia perfectamente atendible si se considera que la aplicación de SARC a los conflictos laborales, en los Estados Unidos, data de comienzos del siglo XX<sup>45</sup>).

Por lo mismo, la herramienta preferida y privilegiada por los ciudadanos de esos ordenamientos para reclamar (o rechazar, si es del caso) la intervención del aparato público para un caso determinado ha sido, también desde siempre, en ausencia de medidas administrativas o legislativas que, se entiende, pueden alcanzar una injerencia indeseada en el ámbito privado, la judicial, al extremo de llevar a que Alexis de Tocqueville se sorprendiera, hace más de 200 años, al comprobar que prácticamente no existían cuestiones políticas de relevancia en los Estados Unidos de Norteamérica que no terminaran, tarde o temprano, por ser ventiladas en sede jurisdiccional<sup>46</sup>, cuya representatividad soberana a través de

---

<sup>42</sup>SUMMERS (2011), p. 25.

<sup>43</sup>SUBRIN (2002), p. 309.

<sup>44</sup>CHASE (2005), p. 78.

<sup>45</sup>SUMMER (2011), p. 25.

<sup>46</sup> Paradojalmente, a más de un siglo de distancia, sería otro doctrinante galo el que refutaría a de Tocqueville, sosteniendo ahora que, en realidad: “*Contrariamente a una idea recibida, ellos (los estadounidenses) no acuden a la justicia más de cómo acuden otros países similares*”. Así en GARAPON ET AL (2006) p. 33.

jueces electos y mayoritariamente legos en un principio, es notablemente más marcada que en los ordenamientos continentales<sup>47</sup>, los que se inclinan con más facilidad por el modelo jerárquico de autoridad verticalmente organizada y de inspiración preponderantemente oficial<sup>48</sup>, sin perjuicio de algunas contadas experiencias tendientes a incorporar el juicio por jurados en el medio imperado por el *civil law*<sup>49</sup>.

Se explica con más facilidad, así, que sea el modelo adversarial de diseño oral, de amplia participación de los intervinientes y con el ingrediente democratizador del jurado, el que mejor acomode a operadores y usuarios de esos sistemas e incluso al poder político, tomando debida nota, eso sí, de la mano de la dogmática más autorizada<sup>50</sup>, que derechamente no existen sistemas químicamente puros (estadísticamente, el juicio por jurados en los Estados Unidos es cada vez más excepcional y en Inglaterra fue, en materia civil, derechamente eliminado) y que no son pocas las reformas introducidas allí que han tenido en vista la experiencia continental, de lo cual da muy emblemática cuenta el progresivo empoderamiento del juez civil, ya no sólo en la dirección del proceso sino que además en la producción y ordenamiento de la prueba<sup>51</sup> que ha marcado la evolución de los últimos veinte años en el contexto norteamericano y, aún desde antes, en el inglés<sup>52</sup>, el que además enfrentó el desafío que armonizar sus estructuras a los compromisos de orden comunitario que su revertida incorporación a la Unión Europea implicó, y que al día de hoy opta por un sendero propio de insospechadas implicancias<sup>53</sup>.

**3.2.-** Frente al contexto recién planteado, el modelo estadounidense presenta una evolución ardua, pero potente y unívoca, desde un modelo bifásico clásico, que

---

<sup>47</sup> SUBRIN (2002), p. 310.

<sup>48</sup> DAMASKA (2000), p. 86.

<sup>49</sup> Para una panorámica evolutiva en el medio europeo: VAN RHEE (2011), p. 15 y s.s.

<sup>50</sup> Por todos, DAMASKA (2000), p. 15.

<sup>51</sup> NIEMEYER (1998), p. 523.

<sup>52</sup> ZUCKERMAN (2006), p. 148. Sostiene este autor en la obra en cita, que la radicación de poderes en el Juez en el medio inglés ha girado en torno a la facultad discrecional de imponer sanciones ante la inobservancia de las formas procesales o resolver su perdón, consideración esta esencial en el antiguo modelo de juzgamiento en base a los méritos de fondo de caso por sobre las formalidades del juzgamiento que condujo a un profundo relativismo en la observancia de las reglas mínimas del proceso que la reforma de 1999 (adoptada tras el celeberrimo "Informe Wolff") procuró zanjar manteniendo la inspiración de resolución de casos en base al mérito por sobre la forma, pero fijando reglas subyacentes insoslayables que el Juez está autorizado a sancionar *tout court*. Como se ve, la concesión de facultades discrecionales al Juez en el medio inglés se ha incrementado en forma progresiva en los últimos 40 años, a lo menos, en sustitución de la imposición automática de sanciones procesales al litigante reticente a seguir sus reglas básicas. Con variaciones, se ha descrito que el proceso de privilegiar el modelo de juzgamiento por méritos por sobre el procedimental vino asociado a la introducción de las FRCP de 1938: RESNIK (1986), p. 501.

<sup>53</sup> DE PRADA Y ROJAS (2014), p. 212.

discierne claramente entre las etapas previas al juicio y el juicio propiamente dicho (*pre-trial/trial*), hacia un estatuto preponderantemente monofásico, en que el *pre-trial* es claramente primordial y privilegiado, imperando en dicha etapa las más diversas salidas alternas de solución del conflicto (“resolución de la controversia sin decisión”), íntima, profunda y progresivamente entrelazado con la redefinición del rol del juez y del estatuto de información que ha de acordársele al litigante, cuya presencia en esta etapa única resulta ser principal<sup>54</sup>.

En efecto, la amplia, omnicomprensiva y recurrente oferta (y uso) de los SARC en el medio norteamericano, que ha llegado al extremo de mutar, como se dijo, el esquema básico esencial del juicio heterónomo civil en esas latitudes (si es que puede hablarse de tal), ha seguido un proceso característico<sup>55</sup>, en buena medida apartado del inglés<sup>56</sup> (asimilable este último, en algunos aspectos, al continental, de hecho), el que ha afectado profundamente los rasgos más distintivos de su procedimiento, que tradicionalmente se entendían propios de aquél medio<sup>57</sup> (como el juicio por jurados, o la figura del juez eminentemente pasivo). Es este muy particular proceso evolutivo el que es necesario analizar en profundidad para llegar a comprender sus razones últimas y rescatar aquellas de sus instituciones que revistan un valor universal, en la misma medida que los fenómenos que originaron un sistema de resolución de conflictos civiles caracterizado por el explosivo crecimiento de los SARC en los Estados Unidos puedan ser extrapolados, incluso históricamente, a la experiencia continental y particularmente, la nacional.

Éste último ejercicio (el de la ponderación de las instituciones y herramientas del *common law* a la luz de la experiencia nacional) debe considerar con la meditada detención que se han descrito, como fundamentos de la génesis de la evolución ya explicitada, constataciones empíricas radicadas en el colapso de los tribunales estatales heterónomos, en la incapacidad del sistema de acercar una administración de justicia adecuada a los interesados o la necesidad de contar, llegado que sea el caso, con un tercero especializado que resuelva controversias entre privados<sup>58</sup>, reparos éstos de sobra conocidos y reproducidos en nuestro medio<sup>59</sup>.

**3.3.-** El análisis de orígenes que se propone no puede perder de vista que parte importante de la dogmática fundante del sistema de enjuiciamiento civil anglosajón, enraizada en el ya más que centenario, pero no por eso menos actual

---

<sup>54</sup> TARUFFO (2006), p. 81.

<sup>55</sup> BARONA (2011), p. 191.

<sup>56</sup> DE PRADA Y ROJAS (2014), p. 213.

<sup>57</sup> CHASE (2005), p. 84.

<sup>58</sup> BARONA (2011), p. 192.

<sup>59</sup> Plan Estratégico del Poder Judicial (2013) pp. 16 y17.

e influyente, trabajo de Jeremy Bentham y sus modernos discípulos, posicionaban a los sistemas alternos, todo ellos, en realidad, como una solución de segundo orden, como un mal sustituto a la justicia heterónoma a la manera que era ésta entendida en dichos ordenamientos angloamericanos. De hecho, se sostenía, la remisión a cualquier sistema alternativo negaba a los ciudadanos el acceso a un juzgamiento público e imparcial, reclamo que sorprende por su recurrencia en la dogmática continental actual<sup>60</sup> y que de hecho se repetía y lo sigue siendo aún en el medio inglés<sup>61</sup> de una manera sorprendentemente recurrente en esas latitudes<sup>62</sup>.

Proponía aquella escuela fundacional un diseño de juicio denominado “natural”, de reglas escasas y muy simples, de sencillísimo acceso, en que el juez, incluso lego, puede guiarse fundamentalmente por normas de sentido común y de experiencia colectiva<sup>63</sup>, en que su convicción se basará en una apreciación verdaderamente libre de la prueba (diverso del cualquier estatuto de apreciación de la prueba), libre de la tasación imperante en el medio continental, el que de hecho es menospreciado como anquilosado, autoritario y rígido<sup>64</sup> apreciación, de hecho, fundante de las críticas que, habitualmente, formulaban los operadores angloamericanos<sup>65</sup> hacia el medio continental<sup>66</sup>, contrastado con la actitud atenta y receptiva de la prueba que las partes espontáneamente aportan en el ordenamiento angloamericano<sup>67</sup>, sin más sujeción que aquellas adjudicables a las concretas particularidades que el caso les sugiera.

Frente a este modelo público y transparente de resolver los conflictos, impregnado por la noción de participación democrática (que cualquier observador continental actual podría calificar como populista) plasmada en el juicio por jurados<sup>68</sup>, todo sistema alternativo que se aparte del juicio “natural”, y que entrañe el riesgo de ser gobernado por “inconfesables” intereses de abogados y litigantes poderosos parecía, desde luego, ofrecer una alternativa de muy inferior calidad al interesado (especialmente al desposeído o débil) que, con indesmentible razón, optará en un muy primer lugar por el juzgamiento heterónimo público que ni siquiera implica una ingerencia estatal directa y sensible en el diferendo, sino que se limita a poner a disposición de las partes una “arena” protegida, imparcial, transparente y equitativa, reservando los sistemas alternos a los litigantes económicamente

---

<sup>60</sup> TWINING (1993), p. 384.

<sup>61</sup> DE PRADA Y ROJAS (2014), p. 213.

<sup>62</sup> HAZEL ET AL (2007), p. 196 y ss., con importante estadística.

<sup>63</sup> RESNIK (2013) p. 82.

<sup>64</sup> DAMASKA (1997), p. 151.

<sup>65</sup> LANGBEIN (1985), p. 824.

<sup>66</sup> VAN RHEE (2011), p. 32.

<sup>67</sup> TWINING (1993), p. 383.

<sup>68</sup> DAMASKA (2000), pp. 47,48.

poderosos o políticamente influyentes (como la historia, curiosamente, se encargaría de rubricar) en un contexto plagado de reglas técnicas que responden, en verdad, a intereses siniestros y reprochables que inspiran a jueces y abogados<sup>69</sup>. Esta última aprehensión, si bien resulta ser recurrente es, paradójicamente, más propia de la administración estatal de justicia en ordenamientos aún avanzados de inspiración netamente continental que atribuyen sus problemáticas precisamente al nunca bien controlado rol que en ellos desempeñan sus operadores<sup>70</sup> y en especial los abogados litigantes<sup>71</sup>.

Agréguese a los componentes ya descritos más arriba, el hecho que el así llamado “imperio del derecho” (“*rule of law*”) que impera el establecimiento del justo y racional procedimiento (“*due process of law*”), tenido como el paradigma de la administración pública heterónoma de justicia imparcial y transparente, constituyó una de las inspiraciones cardinales de los padres fundadores de la nación norteamericana<sup>72</sup> y que por lo mismo, vino en traducirse en una verdadera animadversión hacia los sistemas alternos, de cualquier tipo, que se entendían gobernados por estatutos cerrados, de clase<sup>73</sup>, y podrá comprenderse cómo quedaron aquellos relegados a un segundo plano, secundario y mirado aún con recelo hasta bien avanzado el siglo XX<sup>74</sup>.

**3.4.-** La gran excepción a las convicciones fundacionales ya descritas radicó, muy notoriamente, en el inabarcable complejo corporativo - económico - financiero estadounidense que vino, quizás inconscientemente, al rescate de los sistemas alternos. Fue justamente en las peores épocas de crisis económica (1929), que los actores de ese medio se inclinaron manifiestamente en favor de las alternativas de juzgamiento en sede extrajudicial en general y arbitral en particular, en procura de los beneficios que les reportaba huir del colapso del aparato judicial, de la imprevisibilidad de los resultados originada en el populismo del sistema de jurados empapados de nociones vinculadas al *new deal* y evitar con ello, además, la ingerencia del control gubernamental en los negocios que la intervención de la

---

<sup>69</sup> TWINING (1993), p. 384.

<sup>70</sup> El caso italiano resulta ser emblemático en este sentido: en él, se le atribuye precisamente a las organizaciones gremiales de abogados el retraso, y aún la involución que viene experimentando hace décadas la evolución de su proceso civil. Así en TARUFFO (2006), p. 218. El insigne tratadista italiano no vacila en ser ácidamente crítico hacia los procesos de reforma en su propio país, sosteniendo que provienen ellos de un desastre y se encaminan a un estadio de aguda crisis, pasando por una falla masiva de las reformas que se pretendieron implementar hacia finales del siglo pasado. “*El sistema legal italiano es como el alemán...salvo que no funciona*”: GROSS (1987), p. 750

<sup>71</sup> SUBRIN (1987) p. 980.

<sup>72</sup> BARONA (2011), p. 190.

<sup>73</sup> CHASE (2005), p. 141.

<sup>74</sup> TWINING (1993), p. 381.

justicia heterónoma pública anunciaba<sup>75</sup>. Este último fenómeno pronto se vio “colonizado” por el propio sistema legal, al punto de echar profundas raíces que ni aún la poderosa y omnipresente inspiración iuspublicista del *new deal* pudo remover, ni siquiera inmerso en el contexto de un conflicto bélico de alcance global<sup>76</sup>. Con todo, fuera del ámbito del arbitraje comercial, financiero y corporativo, las SARC se enfrentaban, en realidad, a un porvenir nada de auspicioso<sup>77</sup>.

Ocurre sin embargo, y aquí el fenómeno que se hace necesario desentrañar a fin de dimensionar en qué medida resulta ello extrapolable a nuestro medio, que hoy en día el ordenamiento norteamericano es unánimemente tenido como aquél que más amplia cabida le da a los SARC<sup>78</sup>, diseñando una enorme y creativa variedad de sistemas alternos, más o menos cercanos a aquellos que se tienen tradicionalmente entre nosotros como tales (pues engloban, como consignaremos, alternativas de juzgamiento sumarias en sede estatal que no podrían ser tenidas como un auténtico SARC o al menos no de la manera que son concebidos en el medio del *civil law*). La oferta y uso intensivo de estas diversas salidas alternas del sistema tradicional, tanto auto compositivas como heterónomas no estatales, o estatales de intervención modulada, que han servido de modelo en ordenamientos dispersos por todo el globo e internacionales, ha implicado que, según la experiencia demuestra, el porcentaje de asuntos que se llegan a resolver en sede judicial estatal, mediante una sentencia adjudicativa propiamente dicha, es sorprendentemente pequeño, y ello en un medio en que el número de abogados se empina por sobre el millón<sup>79</sup> y en que además existe, como se dijo, una acendrada cultura del litigio, propia por demás de un Estado en que la justicia es la única rama del poder público visible en la vida privada<sup>80</sup> y en que, por lo mismo, se

---

<sup>75</sup> BARONA (2011), p. 192.

<sup>76</sup> A comienzos de la década de los 40, un verdadero ejército de abogados y consejeros fue reclutado por el gobierno federal para litigar, en tribunales arbitrales, las compensaciones de guerra de las industrias volcadas a la producción bélica: BARONA (2010), p. 468.

<sup>77</sup> RESNIK (1986), p. 512.

<sup>78</sup> Por todos: BARONA (2010), p. 465.

<sup>79</sup> SUBRIN (2002), p. 299. En este escenario, el autor señala que en los Estados Unidos existía, a comienzos del siglo XXI, una proporción de aproximadamente cien abogados por cada Juez, motivo éste que daría lugar a que resultase prácticamente imposible que estos últimos fuesen capaces de dar una respuesta eficaz y eficiente a los requerimientos de todos los primeros, justificando así que buena parte del desarrollo del diferendo civil quedase, por lo tanto, en manos de los abogados. La proporción en relación con el número de habitantes era de 307 abogados por cada 100.000. Así también en VIAL (2006), p. 712. Este punto de partida sugiere, además, una motivación importante para el explosivo desarrollo que los ADR ha experimentado en dicho medio, como consecuencia exorbitante al proceso, pero en estrecha ligazón con las posibilidades de éxito del juzgamiento estatal heterónimo en materias civiles en los Estados Unidos, el que derechamente no puede prescindir del rol fundamental que juegan los abogados por sí mismos en este ámbito.

<sup>80</sup> DAMASKA (2000), p. 132.

entrega a los litigantes funciones del proceso que el observador continental no vacilaría en calificar como de semi - oficiales<sup>81</sup>.

¿Cómo evolucionó este ordenamiento desde entregar a los sistemas alternos un rol confinado a un ámbito bien determinado y, en buena medida, desdeñado, en la resolución del conflicto, bajo la égida de la resolución adjudicativa tradicional del mismo, hasta otorgar a aquellos un papel preponderante, superior incluso al juzgamiento estatal, en que muchos de sus reparos se han eclipsado por la sola fuerza de los hechos? ¿Existen elementos al interior de la amplísima gama de los SARC, o incluso de los diferendos civiles a cuya atención se abocan, que les haga especialmente adversos al juzgamiento estatal, o es la calidad de la respuesta de éstos el que empujó a los interesados a echar mano, en una evolución progresiva, a los mencionados mecanismos? ¿Se resuelve todo con una mera consideración estadística ante el indudable (y compartido) diagnóstico en torno al colapso del aparato judicial estatal heterónomo, o sus motivaciones subyacen a la propia naturaleza del conflicto civil patrimonial? ¿Es posible y aún más, deseable, adoptar algunas de las medidas existentes en dicho ordenamiento para motivar, desde el aparato judicial estatal, un mayor y mejor uso de los SARC en nuestro medio, los que como se dijo han sido oficialmente promovidas en nuestros textos oficiales? ¿Fue ésta última medida, en definitiva, la palanca que permitió el giro copernicano hacia soluciones diversas de la adjudicación estatal heterónoma? ¿O bien resulta necesario determinar, primero, si fueron determinadas herramientas o mecanismos insertos al interior de la propia institucionalidad judicial la que permitió o, cuando menos, avaló poderosamente privilegiar la salida alterna?

**3.5.-** Como una primera aproximación para resolver estos cuestionamientos, parece existir consenso en torno a que si bien los SARC, como se estructuran básicamente hoy en los EEUU, encuentran su origen en el así llamado “movimiento de libre acceso a la justicia” de los años 30 del siglo pasado<sup>82</sup> (coincidentemente coetáneo con la positivización del ordenamiento federal de procedimiento civil a través de las FRCP de 1938 y con la adopción de las herramientas de justicia autogestionada por parte de los estamentos comerciales y financieros), lo cierto es que su período de mayor expansión, que aún se vive, se origina a comienzos de la década de los 60 del siglo pasado para llegar a su cenit a fines del siglo XX, en un proceso marcado por elementos políticos pragmáticos antes que teóricos dogmáticos (rasgo muy propio, por demás, de los procedimientos norteamericanos), cuya preocupación central fue precisamente la de dar respuestas a los cuestionamientos que nos son de sobra conocidos (sobrecarga intolerable del trabajo de los tribunales estatales y federales, carencia

---

<sup>81</sup> DAMASKA (2000), p. 112.

<sup>82</sup> BARONA (2011), p. 191.

de instancias de justicia especializada y una sensación extendida de que la justicia estatal heterónoma no estaba llegando a todos los interesados)<sup>83</sup>.

No parece necesario hacer nuevamente hincapié en que todos los reparos y cuestionamientos que habitualmente se señalan como fundantes de la expansión de los SARC en los EEUU, pues casi todos ellos se encuentran marcadamente presentes en nuestros ordenamientos y presiden nuestras empresas reformadoras<sup>84</sup>. Volveremos más adelante sobre este relevante tópico. Si resulta necesario, empero, resaltar que a diferencia de lo ocurrido en dicho medio, un crecimiento explosivo de la oferta SARC entre nosotros, y muy especialmente de su utilización intensiva, está aún por ocurrir, a lo menos en magnitudes que lleguen a representar una proporción relevante frente al juzgamiento estatal heterónimo<sup>85</sup> como ha sucedido en el medio en análisis<sup>86</sup>.

A los elementos previamente reseñados, y en respuesta a los últimos cuestionamientos, resulta imperioso adicionar el evidente aporte que implicó la instauración de programas al interior del propio aparato judicial público destinados a incentivar el uso intensivo de los SARC<sup>87</sup> mediante su asignación al caso en particular, modelo éste que se presentará como recurrente en la investigación que se emprende: éstos inoculan nociones innovadoras de especial interés al extenso campo de los SARC y muy especialmente a un proceso de reformas de procedimientos civiles en curso de ser estructuradas, pues proponen ellas armonizar aquellos mecanismos con los procedimientos tradicionales en equilibrado contrapunto, cuya conformación propone poner al alcance de la instancia judicial tradicional un rol hasta hoy desconocido, a lo menos en nuestro medio, de gestión del conflicto más allá de su resolución adjudicativa tradicional en plazos razonables, pero a cuyos resultados los propios documentos oficiales apuntan, incluso invocando cifras proyectadas en el curso del tiempo<sup>88</sup>. Esta es,

---

<sup>83</sup> TWINING (1993), p. 380.

<sup>84</sup> GIANNINI (2014), p. 139.

<sup>85</sup> BARONA (2011), p. 186. Sostiene esta autora, de hecho, que una de las formas más tradicionales de MASC entre nosotros, el arbitraje, se encuentra aún puesta en ruta de tránsito "*hacia su muerte*" fruto de lo que ella misma denomina "*ávido amor hacia el sistema judicial*", presente en el hecho que la justicia estatal, recelosa de esta forma de administración de justicia, ha reclamado de manera constante prerrogativas de revisión de la "*gestión*" arbitral, en contra de los principios básicos que sustentan este mecanismo privado heterónimo de resolución de conflictos: BARONA (2011), p. 200.

<sup>86</sup> VARGAS (2017). Llega esta autora a sostener que el proceso estatal público goza de una cierta "*superioridad moral*" por sobre los SARC, agregando que: "*..a pesar del auge que estas fórmulas han experimentado en las últimas décadas, ellas siguen teniendo un papel claramente menor en la dinámica procesal*".

<sup>87</sup> STIENSTRA & WILLGING (1995), p. 3.

<sup>88</sup> PEPJ 2015-2020, pp. 16 y 17. En este documento, ya citado con anterioridad, se propone como objetivo hacia 2030 una tasa del 50% de los asuntos civiles entregados a los SARC promovidos desde el interior de la propia instancia judicial.

quizás, una de las principales novedades que propone ofrecer el modelo en estudio y presidirá, por lo tanto, parte relevante del análisis que se desarrolle en torno a estos mecanismos y a la manera en que éstos se presentan, primordialmente, en el ordenamiento comparado propuesto, pues importa la instauración de una institucionalidad destinada a la gestión y manejo del litigio con objetivos que, como se dijo, no se agotan en la tradicional adjudicación mediante la sentencia<sup>89</sup> y que suponen la optimización del estatuto que le permitirá al interviniente adoptar la solución que mejor sirva a sus intereses.

**3.6.-** La riqueza que ofrece el aporte de la evolución del *common law* en las materias ya propuestas, directamente atingentes éstas a nuestros procesos de reforma procesal civil parece desde ya patente y supera con largueza los inevitables conflictos y obstáculos que puede presentar la extrapolación de sus instituciones al medio continental en general y nacional en particular.

A fin de sustentar la premisa que antecede, convendrá consignar, en un muy primer término, que parece indiscutiblemente cierto que la instauración de una reforma profunda al juzgamiento civil, como la que se pretende emprender entre nosotros demanda, sin lugar a dudas, de un análisis profundo y pormenorizado de ordenamientos comparados diversos a los considerados hasta el día de hoy, aún cuando ellos reconozcan su adscripción a herencias legales diversas a la nuestra, como ocurre precisamente con el *common law* angloamericano, ello con el fin de identificar concordancias y reconocer diferencias que proporcionadamente definan la utilidad (o no) de recurrir a ellos, especialmente en lo que dice relación con las materias que se llevan propuestas, esto es, con la manera como ciertas herramientas, entidades o aún técnicas insertas al interior del proceso permiten canalizar una opción proporcionada hacia maneras optimizadas de resolución del conflicto (no necesariamente SARC en la forma que los conocemos) que, a su vez, se inserten en los procesos de modernización de la justicia civil. O bien, considerar, en este sentido, cómo se logra conducir de mejor manera, de ser ese el partido a adoptar, el paso desde la “*moralmente superior*”<sup>90</sup> justicia heterónoma estatal<sup>91</sup>, a una promoción ampliada de la solución autónoma o auto gestionada del conflicto, o incluso a soluciones presididas por la entidad pública pero de mínima o contenida intervención que parecen ajenas a la caracterización

---

<sup>89</sup> Una panorámica del debate en el establecimiento de esta institucionalidad en el medio estadounidense en: STIENSTRA et AL (1995), p. 14.

<sup>90</sup> VARGAS (2017).

<sup>91</sup> “(...) se trata (la sentencia estatal), sin duda, del mecanismo más estable de solución de conflictos, lo cual unido a su carácter público, suscita una confianza superior en la vía jurisdiccional que ha derivado en un cierto abuso en su utilización”. Así en LÓPEZ-BARAJAS (2012), p. 145.

tradicional de los SARC, aunque existan relevantes sectores de la dogmática que, fundadamente, insista en mantenerlas al interior de ellas<sup>92</sup>.

En dicho proceso de análisis y comparación se podrá constatar, con escasa dificultad, que no se ha prestado la debida ni suficiente atención, ni en la dogmática ni en el foro, a los estatutos ya expresados, a pesar de presentar éstos, y en especial el estadounidense, rasgos manifiestamente funcionales a los objetivos trazados por nuestras propias iniciativas de reformas, vacío que es preciso subsanar en pos de maximizar el uso eficiente y eficaz de herramientas y técnicas que, vinculando el juzgamiento estatal civil adversarial marcado por la oralidad, con un discurso público de incentivo decidido por la opción de promover los SARC de amplio espectro, sólo podrán conducir a favorables resultados al interior de nuestros procesos de reforma, acercándolos a una parte verdaderamente importante de sus objetivos, al ofrecer una perspectiva transparente de los sistemas alternos a partir (y en esto radica buena parte del valor del aporte) del propio juzgamiento estatal, al que nos referiremos más adelante, ello en el entendido de asumir una congruencia básica, mínima, entre el discurso y la operación del sistema reformado que evite incurrir en una promoción meramente discursiva de aquellos<sup>93</sup>.

Este análisis necesariamente pasa, adicionalmente, por el estudio de la forma cómo dicha oferta se vincula, casi como en un lazo de causalidad, con las instancias de entrega de información relevante a los intervinientes (*discovery*)<sup>94</sup> y también con las facultades que le permiten al juez estatal encauzar el diferendo por rumbos diversos de la adjudicación tradicional, en el esfuerzo de armonizarlos con los intereses y prerrogativas de aquellos (*managerial judgment*), particularmente necesarias en un medio que aspira a aplicar un solo estatuto procedimental para una inabarcable gama de asuntos litigiosos<sup>95</sup>.

Anuncia el establecimiento de estas instituciones así perfiladas, por lo tanto, la presencia de una tríada conceptualmente virtuosa, ampliamente desarrollada y operada en el medio angloamericano, el que es necesario escudriñar en su mérito, en la medida que aquella resulta consonante con los objetivos propuestos para nuestros procesos de reforma a la justicia civil<sup>96</sup>.

No ignoramos, por supuesto, que el sólo análisis de los estatutos angloamericanos genera aprehensiones difíciles de superar y, ni que decir tiene, otro tanto ocurriría

---

<sup>92</sup> CHASE (2003), p. 134.

<sup>93</sup> Promoción cercana a la “mitología judicial” recurrentemente denunciada en el medio estadounidense. Así en RESNIK (1995), p. 233.

<sup>94</sup> HAZARD ET AL (2006), p. 138.

<sup>95</sup> LOVE ET AL (2009), pp. 12-13.

<sup>96</sup> PNCPC (2012), MENSAJE, p. 18-19.

con la eventual propuesta de transplantar, sin más, instituciones originadas en dichos ordenamientos hacia los nuestros sin contextualizar aquello en un escenario de un alcance muchísimo más amplio, pues: “*Lo equivocado es centrarse en el atractivo de la forma procesal sin preguntarse si tal forma es compatible con un aparato judicial particular. La pregunta no es sólo qué tipo de procedimiento queremos sino también qué tipo de organización del Estado poseemos*”<sup>97</sup>. No es ésta una reacción desconocida, tampoco, en nuestro medio de inspiración continental<sup>98</sup>.

Sin perjuicio de todo lo que se lleva dicho, no deja de ser igualmente efectivo, que: “*Del propósito procesal sigue la forma, cuando está implicada en él conceptualmente. Allí donde pueda demostrarse esa implicación conceptual, las formas procesales surgen de los propósitos subyacentes como una serie de muñecas rusas*”<sup>99</sup>. Y, por lo tanto, siguiendo tal derrotero, no resultará en absoluto lejano patentizar que gran parte de los reparos radicados en la tradición o herencia jurídico cultural continental y nacional carecen, en verdad, de fundamentos jurídica o aún empíricamente constatables dado que, en realidad, los ordenamientos bajo comparación, sin perjuicio de pertenecer al medio del *common law* y presentar una serie de rasgos y características que nos resultan aparentemente ajenos a nuestra tradición jurídica<sup>100</sup>, ofrecen, empero, instituciones, herramientas y técnicas que permiten descartar, en fase temprana, una aplicación indiscriminada y perjudicial de instituciones cuya inserción, en definitiva, no constituya un verdadero aporte a los procesos de modernización de la justicia<sup>101</sup>.

Dicho en otros términos: el propio *common law* que sirve de base y fuente al análisis en curso, ofrece remedios para los males que la implantación de ciertas de sus instituciones pudiese acarrear<sup>102</sup>, como ocurre, por ejemplo, y muy paradigmáticamente, con la institución del “*discovery*” o de revelación temprana de evidencia pertinente<sup>103</sup> (la que más adelante nos corresponderá tratar con motivo de la transparencia y simetría de información entre partes que debe imperar en un proceso equitativo de selección de un SARC, permanentemente objeto, empero, de cuestionamientos vinculados a su costo y su efecto dilatorio, que se abordan también), indisolublemente e incluso causalmente ligadas a la promoción de los sistemas alternos desde sede estatal, al extremo de llegarse a sostener que su finalidad, más o a lo menos igual en magnitud de relevancia con la preservación

---

<sup>97</sup> DAMASKA (2000), p. 86.

<sup>98</sup> MONTERO (2014), p. 87.

<sup>99</sup> DAMASKA (2000), p. 165.

<sup>100</sup> Paradigmáticamente, el juicio por jurados. Así en CHASE (2005), p. 85.

<sup>101</sup> Con referencia al *discovery* antejudicial: PEÑA (2017), p. 113.

<sup>102</sup> NIEMEYER (1998), p. 517.

<sup>103</sup> DAMASKA (2000), p. 99.

de la igualdad de armas, es precisamente la de guiar a los interesados al sistema alterno que mejor acomode a sus intereses<sup>104</sup>. Así lo han demostrado, por demás, por ejemplo, las reformas implantadas en el medio inglés mediante la observancia de protocolos prejudiciales<sup>105</sup>.

Si bien es cierto que los SARC<sup>106</sup>, en una primera mirada, se encuentran exentos de muchos de los reparos que pudiesen formularse en la línea de razonamiento recién expuesta de objeción por motivos culturales, por proponer aquellas salidas alternativas más universales y no necesariamente adscritas a características directamente vinculables a rasgos propiamente originarios del *civil* o del *common law*, no lo es menos que los estatutos que se propongan como objetivo incentivar su uso intensivo deben afrontar un desafío esencial, de marcada caracterización jurídico - cultural: en ordenamientos de raigambre tan acendradamente continental como el chileno, que encarna el ideal jerárquico, vertical, en la oferta pública de justicia y aún de un Estado reactivo en el medio judicial<sup>107</sup>, el acceso a justicia parece muchas veces agotar su oferta en aquellas salidas que presenta la administración estatal y heterónoma de la misma, teniéndose a considerar las soluciones autocompositivas, aún de componente exógeno, como alternativas de segundo orden<sup>108</sup> (tal y como ocurría en los EEUU hace años), de potencial coercitivo menor, o con un campo de acción marcadamente acotado<sup>109</sup>, alejados,

---

<sup>104</sup> TARUFFO (2006), p. 81.

<sup>105</sup> DE PRADA Y MUÑOZ (2014), p. 111.

<sup>106</sup> Cuyo acrónimo pasó, sugerentemente, de representar medios “*alternativos*” de resolución de conflictos a significar medios “*adecuados*”, frente a los cuales es preciso añadir la calificación de medios “*complementarios*” a la resolución del conflicto, no sin escaso riesgo de apartarse de algunas de las líneas más autorizadas en la materia, que observan que tras tales mutaciones terminológicas se esconde la apenas simulada intención de desplazar del todo al juicio estatal tradicional. Así en RESNIK (1986), p. 498.

<sup>107</sup> DAMASKA (2000), p. 96.

<sup>108</sup> Por todos: PÉREZ y COPANI (2006), p. 181 y siguientes: “...*los medios no jurisdiccionales jamás pueden ser un sucedáneo de la jurisdicción. Creer esto implica una postura ultraliberal/privatista del proceso, incompatible con el modelo del Estado actual, como mero instrumento para resolver controversias y una reacción contra el modelo de Estado Social, intervencionista y preocupado por generar el bien común en base a una igualdad real. Insistimos en el peligro de tomar estos instrumentos, no como los medios eficaces para solucionar cierta materia de controversias, sino como verdaderas ‘alternativas’ al proceso pues resulta una toma de posición que implica una vuelta atrás, hacia la igualdad formal y la consideración mercantilista de que cualquier derecho es un bien de cambio (sin considerar las cualidades particulares de los bienes o de los sujetos); sólo es cuestión de resolver el conflicto, no importa cómo, desde que destrabado se reestablezca el funcionamiento normal del mercado*”, postura que DAMASKA retrata, por demás, a la perfección.

<sup>109</sup> LETURIA (2006), pp. 268-269. La postura de este autor parece paradigmática en este punto: a pesar de exponer sus motivos para ampliar el ámbito del arbitraje (de manera institucional, es preciso señalar) comienza su análisis advirtiéndolo que: “...*la cuestión de la ampliación del ámbito del arbitraje sólo podrá referirse (grosso modo) a los asuntos del llamado derecho patrimonial o a los llamados derechos disponibles, siguiendo el principio de que se podrá arbitrar ahí donde se pueda transigir. Es decir, el ámbito de maniobra que tenemos es muy reducido (...)* En la práctica,

además, de las verdaderas necesidades de los interesados que, infructuosamente, y a todo nivel, preferirán modelar los muy rígidos márgenes del juzgamiento público a las particulares necesidades que presente su diferendo<sup>110</sup>.

Importa este fenómeno, materializado en la necesidad de dar respuesta a controversias que exceden muchas veces los límites, aún teóricos del aparato judicial tradicional, enfrentar a la administración de justicia en su conjunto a desafíos de muy difícil resolución, en una encrucijada que lógicamente presenta escollos que difícilmente superará, al verse ante la ineludible necesidad de dar respuesta a problemas “policéntricos”, pues presentan ellos una multitud de polos o núcleos de atención interrelacionados (no todos ellos necesariamente jurídicos) y que por lo mismo, no se prestan, atendiendo al discurso de los métodos alternos, a las soluciones radicales, del tipo “todo o nada”, que caracterizan a la sentencia adjudicativa<sup>111</sup>, a lo menos en la forma en que nos es tradicionalmente concebida pero, en cambio, ofrecen un campo de acción modélico para la inserción de modelos híbridos, con una jurisdicción jerárquica – oficial en el contexto de poder público “activista” que se fija como objetivo la instrumentalización de los procesos adversariales, de intervención judicial acotada, para la consecución de políticas públicas del orden judicial<sup>112</sup>, como lo puede ser, precisamente, la promoción de los SARC, y así se proclama en los instrumentos que sirven de guía básica al proceso de reforma procesal civil<sup>113</sup>, cuya propia redacción sugiere una profunda revisión de congruencia y armonización con los fines que la misma reestructuración anuncia, según se explicará más adelante.

Este último modelo, que en Europa ha impregnado la concepción del acceso a la justicia con la difusión, entre otros medios alternos, de la mediación<sup>114</sup>, resulta ser marcadamente análogo al que se proclama como estructurante de nuestros procesos de reforma, de la mano con soluciones de corte “win-win” en que la solución radical de la adjudicación se ve atemperada por una serie de alternativas que conforman en definitiva la oferta SARC radicada también esta última, eso sí, en el aparato público de administración heterónoma de justicia. Demanda esta forma de concebir las bases reformadas del acceso a los sistemas de resolución de conflictos, por lo mismo, la inserción de las herramientas y técnicas ya

---

*nuestro campo de acción es muy reducido, lo que no obsta a que por su relevancia, especialmente económica, sea tratado con la mayor profundidad y rigor que sea posible” castrando de antemano, en realidad, la posibilidad de ofrecer alternativas realmente innovadoras en la materia que importen una verdadera renovación de la institución.*

<sup>110</sup> JEQUIER (2016), p. 124.

<sup>111</sup> MULLERAT (2002), p. 51.

<sup>112</sup> DAMASKA (2000), p. 163.

<sup>113</sup> Principalmente el Mensaje de PNCPC de 2012 y el PEPJ 2015-2020.

<sup>114</sup> VIGORITI (2008), p. 129. Para un contrapunto que demuestra el debate del punto en el medio europeo continental: DE LA OLIVA (2012) p. 259.

anunciadas con una urgencia tal, que resultará fútil pretender siquiera adentrarse en el análisis de los medios alternos de nueva inspiración sin agotar, previamente, el sondeo de la medida en que la promoción de éstos, instalados en un contexto imperado por inspiraciones continentales propias del *civil law* más tradicional<sup>115</sup>, cubren las necesidades de los intervinientes.

El recurso a fórmulas asimilables al *multidoor courtroom*, o tribunal “multi-puertas”, en que la propia autoridad judicial estatal, investida de la autoridad que sobrada e incuestionablemente le confieren usuarios y el foro, gestionando el conflicto, puede efectivamente instar y asesorar a las partes para optar por una solución auto - compositiva o aún heterónoma de menor intensidad<sup>116</sup>, resultará inevitable de considerar por la referencia recurrente de nuestras autoridades públicas<sup>117</sup> y, dado que aquél modelo obliga a la adopción de diseños procesales funcionales a dicho objetivo, identificables con la estructuración de los así llamados, en general, “*Court - Annexed ADR*”<sup>118</sup> (SARC anejos al tribunal) presentes en el ordenamiento de enjuiciamiento civil estadounidense<sup>119</sup>, se impone evaluar, por ende, la manera como se superarán (si es ello posible) los reparos cuya adopción pudiese presentar y la forma en que se puede ofrecer una lectura ya ni siquiera “binaria” del sistema sino que de salidas múltiples, que combine, pues, el juzgamiento estatal heterónomo con una componente de salidas alternas muy relevante y de efectiva referencia desde la sede pública, prospectando así un avance hacia al llamado sistema de “doble hélice” en que ambos sistemas de referencia (el estatal heterónomo y el autocompositivo) se encuentran íntimamente imbricados en su desarrollo, como una cadena de ADN<sup>120</sup>.

**3.7.-** El desafío que presenta el itinerario insinuado, consistente emplear el elemento comparado del *common law* para tutelar la marcha desde el juzgamiento estatal adjudicativo casi excluyente<sup>121</sup> hacia una integración de los sistemas

---

<sup>115</sup> VARGAS (2017).

<sup>116</sup> BARONA (2010), p. 471.

<sup>117</sup> Por todos: MUÑOZ (2016), p. 16.

<sup>118</sup> VIAL (2006), p. 719.

<sup>119</sup> MULLERAT (2002), p. 66.

<sup>120</sup> VARGAS (2017).

<sup>121</sup> El medio de referencia de SARC privado más importante de nuestro medio, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en 25 años de funcionamiento, ha convocado, al mes de agosto de 2017, un número de 3.050 diferendos en las más diferentes áreas civiles, comerciales y de derecho civil patrimonial, con un promedio de alrededor de 300 ingresos por año, número exitoso para la institución, pero ínfimo ante los ingresos de un tribunal estatal cualquiera (*25 años del CAM, Ediciones Especiales, El Mercurio, 29 de agosto 2017*). En un año dado, un tribunal civil chileno puede registrar ingresos superiores a las cuatro cifras. Con análisis pormenorizado de cifras de 2012: RIEGO ET AL (2015), p. 27: para un juzgado de competencia común (Quintero) el número llegó a 5.160, para uno de letras en lo civil de la Región Metropolitana (2° de San Miguel), 174.211 y para otro igual, pero de capital regional (3° de Letras de Valparaíso), 45.129.

alternos en una propuesta de salidas múltiples en el medio nacional, gestionados desde la propia sede judicial, es de envergadura, pues torna necesario describir las particularidades del modelo de juzgamiento civil estatal heterónimo imperante en el medio estadounidense, en el que claramente se erigen con una identidad y fortaleza propias los ADR, en el más amplio ámbito de aplicación para, a continuación y esto representa un desafío principal, singularizar los vasos comunicantes entre el primero y estos últimos para, por fin, desentrañar la forma en que se han implantado, en los medios imperados por el *common law* angloamericano, los elementos que les han transformado en lo que algunos doctrinantes ha llegado a denominar “medicina milagrosa”<sup>122</sup>, por la teórica (y rebatida) capacidad de ofrecer una salida modulada a la medida de cada conflicto que se le presenta (y que ha implicado el cambio, entre los más enérgicos promotores de los SARC, de la denominación de “alternativo” por el de “adecuado”)<sup>123</sup>. No se puede perder de vista, tampoco, que este proceso propone, además, otorgar al interviniente herramientas que le permitan enfrentar el proceso con la ventaja de contar con un estatuto de información suficiente, pertinente y temprano, proporcional a la importancia de la decisión que se apronta a adoptar y que, por lo demás, representará un aporte valioso para el propio juicio estatal adjudicativo aún en el caso de no materializarse la canalización del conflicto a través de algún sistema alterno<sup>124</sup>.

Resulta preciso recalcar aquí, que los elementos distintivos del proceso en cuestión no se emplazan, ni necesaria ni exclusivamente, al interior de las propias estructuras que componen los SARC, ora en forma de procedimientos adecuados a la medida de cada conflicto, ora materializados en una determinada ley sustantiva aplicable, ajustada a las particularidades de la cuestión debatida o aún en la selección de juzgadores o terceros imparciales facilitadores de la negociación, técnicamente mejor capacitados para resolver la controversia, pese a

---

<sup>122</sup> SUMMERS (2011), p. 25.

<sup>123</sup> “En este paradigma de justicia eficaz, el arbitraje, la mediación, la conciliación y demás instituciones que se incardinan dentro del denominado movimiento *Alternative Dispute Resolution*, hoy *Adequated Dispute Resolution (ADR)*, han alcanzado un protagonismo sin parangón anterior en la historia. Nunca como hoy se ha tomado conciencia de las posibilidades que estos mecanismos ofrecen como vía complementaria, no ya necesariamente alternativa, a la justicia estatal con vistas a consolidar un sistema de evitación, y en su caso, de resolución de conflictos plenamente satisfactorio para el ciudadano, en particular, y para la sociedad en su conjunto”. BARONA (2011), p. 188.

<sup>124</sup> SHAVELL (2003), p. 6, cap. 18. Ofrece este autor un análisis desde la perspectiva desde el costo económico privado versus social (público) del *discovery*, identificando el primero con la salida negociada y el segundo, con la judicial heterónoma, al sostener que: “Los beneficios sociales del *discovery* involucran, entre otros elementos, la promoción de la disuasión (judicial) mediante el desarrollo de una mejor información (que afecte tanto a los acuerdos extrajudiciales como a los resultados judiciales), y costos judiciales más eficientes y rebajados, todo ello debido a que las partes contarán con información relevante antes de llegar a juicio”.

la relevancia que ello pudiese llegar a tener (el modelo *rent-a-judge* concentra especialistas en prácticamente todas las áreas del conflicto jurídico)<sup>125</sup>. Es por ello que sugeriremos, más adelante, atender a la forma de referencia, selección e inserción del método antes que a su pormenorizada entidad.

Ocurre, en realidad, que los elementos distintivos y determinantes del proceso en estudio en el medio comparado, reconocen profundas raíces al interior del propio modelo de juzgamiento público, el que consagra, amén lógicamente de las reglas e instituciones de funcionamiento propias, etapas e instancias que llaman a los interesados a recurrir a aquellos modelos de resolución de su diferendo que les resulten más apropiados<sup>126</sup>, tanto en términos de costos económicos, como en lo que toca a los tiempos involucrados en el proceso, o en representar las consecuencias que un juzgamiento estatal adjudicativo de corte tradicional adversarial importará para las relaciones entre las partes que pueden, a la postre, verse severamente afectadas y dañar irremediablemente, por lo mismo, los propios intereses de largo aliento de los interesados, característico del contraste entre los modelos todo o nada (de juzgamiento adjudicativo tradicional) versus los modelos de corte *win-win*, que priorizan una solución de consenso<sup>127</sup>, que se asume recíprocamente benéfica<sup>128</sup>.

Todo ello importará, por demás, un beneficio difícil de ignorar, en términos de alivianamiento de la agenda de los tribunales estatales y para el propio sistema estatal heterónimo de administración de justicia en su conjunto<sup>129</sup>, el que de la mano con un número importante de entidades no gubernamentales<sup>130</sup> incentivan el desarrollo institucional de los SARC y facilitan su acceso<sup>131</sup> mediante esquemas que se encuentran hoy en tela de juicio por haber derivado en una jibarización intolerable del aparato público estadounidense<sup>132</sup>, sin atender, en paralelo, necesidades reales de los intervinientes.

---

<sup>125</sup> MULLERAT (2002), pp. 53 y 54.

<sup>126</sup> CHASE (2005), p. 134-136.

<sup>127</sup> BARONA (2005), p. 190.

<sup>128</sup> RESNIK (1986), p. 537.

<sup>129</sup> La "Alternative Dispute Resolution Act" de 1998 vino precedida por una declaración del Congreso de los Estados Unidos en pos de su pertinencia: "*Las ADR tienen el potencial de proporcionar una variedad de beneficios, incluyendo una mayor satisfacción de las partes, una serie de métodos innovadores en la resolución de las controversias y una gran eficiencia para lograr acuerdos, y quizás la posibilidad de reducir el gran número de asuntos pendientes en algunos tribunales federales a lo largo y ancho de los Estados Unidos*". Así en CHASE (2005), p. 140.

<sup>130</sup> Entre las cuales figura en un muy primer lugar la American Bar Association, agrupación que reúne colegios federales y estatales y con ello un número de asociados que se empina por sobre los 500.000.

<sup>131</sup> MULLERAT (2002), p. 63.

<sup>132</sup> "*Al menos en los Estados Unidos, el foco en los costos y en la eficiencia ha dado como resultado el concebir a las demandas como problemas (...)* De hecho, todo el sistema judicial se

Esta última constatación se halla, por demás, íntimamente imbricada con el establecimiento de un modelo ya no sólo “binario” sino que de salidas múltiples, de administración de justicia civil, que consagra una oferta simultáneamente pública, privada o mixta (recuérdese el modelo de “doble hélice” descrito con precedencia) de resolución de conflictos, materializado a través del ya mencionado modelo del “multidoor courtroom” y cada una de esas sedes con salidas, a su vez, variopintas.

La instauración y desarrollo de esta institucionalidad demandaría, pues, “...*(permitir) que el sistema judicial tenga un mejor desempeño, asegurando que el arbitraje y la mediación serán conducidos justa y eficientemente; y por otro lado promover la coexistencia armoniosa, de un verdadero matrimonio, entre los sistemas público y privado*”<sup>133</sup>, a la vez que impone, especialmente entre nosotros, la ineludible e imperiosa necesidad de materializar medidas, radicadas al interior del proceso público de resolución del conflicto, previas al juzgamiento heterónimo, que le entreguen a las partes un volumen de información suficiente, a fin de facilitar, promover y permitir una selección verdaderamente libre de la salida al conflicto más adecuada a sus intereses y modelada en función de las particularidades del diferendo que les aqueja<sup>134</sup>, medidas éstas que deben adoptarse, decimos, al momento de diseñar los procesos oficiales de solución del conflicto civil, so pena de consolidar una inadmisibles asimetría de información que amenace con transformar las ADR en una herramienta más puesta a favor del litigante poderoso<sup>135</sup>, abonando con ello los múltiples reparos que se formulan a su respecto, especialmente en el medio norteamericano<sup>136</sup> y que impide calificarles

---

*sitiado por lo que Judith Resnik denominó “difuminación judicial”, impulsada por la imposición de reglas a fin que los jueces manejen los casos desincentivando (por ejemplo) la litigación colectiva y por un nuevo acercamiento de parte de la Corte Suprema a las cláusulas compromisorias”. Así en Woo (2018), p. 156.*

<sup>133</sup> ANDREWS (2012), p. 255

<sup>134</sup> GIANNINI (2014), p. 158.

<sup>135</sup> BARONA (2014), p. 25.

<sup>136</sup> ANDREWS (2012), p. 276. Con amplitud de citas a la dogmática anglosajona, invoca este autor la opinión de Owen Fiss de la Escuela de Leyes de Yale quien sostiene que: “*Los arreglos son para mí el análogo civil del ‘plea bargain’: El consentimiento es a menudo obtenido mediante coacción; el acuerdo puede ser urgido por alguien sin autoridad (...). Aunque la lista de casos se recorta, la justicia podría no ser lograda (...). Al igual que el ‘plea bargaining’, el arreglo es una capitulación condicionada por la sociedad de masas y no debiera ser alentada ni alabada*”. Aunque autorizada, esta postura resultó profundamente polémica en el medio norteamericano, lo que no impidió que el autor singularizara los reparos que se presentan en relación con los acuerdos extrajudiciales, precisamente relacionados con el manejo de la información del caso, consistentes en: “*i) las partes que celebran acuerdos pueden no comprender plenamente sus respectivas posiciones; ii) las partes pueden estar significativamente en desigualdad de diversas maneras; iii) una de las partes podría haber procurado la solución mediante un trato poco limpio; iv) una parte con derechos civiles completamente reconocidos no debería reducirlos por un acuerdo; v) la evaluación de los ‘méritos’ debe ser mesurada, precisa y rigurosa; y vi) la búsqueda pública de luz en el juicio debería ser destacada sobre las graves y excepcionales equivocaciones*” ANDREWS (2012), p. 277.

como un real facilitador del acceso a la justicia propiamente dicho transformándolas, en cambio, en un verdadero lastre burocratizador que los interesados deben enfrentar<sup>137</sup>.

**3.8.-** Como un mecanismo institucional de prevención de los reparos anunciados más arriba, el juzgador estatal, bajo este modelo, no puede mantenerse ya al margen del diferendo, en línea con el concepto tradicional de pasividad de la sede judicial heterónoma<sup>138</sup> pues, salvo que los interesados hubiesen adoptado de antemano un acuerdo diverso (y ello con importantes reparos, como los que se pueden dirigir en contra de las cláusulas compromisorias de los contratos por adhesión, por ejemplo<sup>139</sup>), le corresponderá un rol principal de dirección y asesoramiento bajo un paradigma de resolución de conflictos que integra los SARC a su propia estructura pública, la que se mueve desde lo “alterno” a lo “complementario” o “integrado”, dirigiendo así los pasos hacia el análisis de un proceso especialmente experimentado en los ordenamientos bajo estudio en que la *“...omnipresencia y (...) protagonismo del Poder Judicial en la vida jurídica de los ciudadanos fueron experimentando una vertiginosa metamorfosis por factores como la globalización, las nuevas herramientas de comunicación y por la imperiosa necesidad de buscar nuevos medios de gestión de las relaciones y sus conflictos o que permitieran solventarlos de la forma más pacífica y menos traumática posible, y poco a poco fue calando en la sociedad la idea de que la justicia iba más allá de lo procesal y de los tribunales y que éstos, que son la esencia de una tutela pública del ciudadano pueden convivir con otros medios diversos. En unos casos se pensó que estos otros medios solo podían ser excluyentes de los tribunales, mientras que en otros, y casi de forma paulatina, así se fue considerando que estos otros medios venían a complementar la justicia también”*<sup>140</sup>, itinerario éste no diverso al que la autoridad política propone diseñar para nuestro medio<sup>141</sup> y que demuestra la necesidad de analizar la pertinencia de vincularlo orgánicamente con el rediseño de estructuras institucionales que prioricen, entre otras cosas, el ineludible proceso de formación del juez estatal

---

<sup>137</sup> GENN et al (2007), pp. iii, iv. Si bien se trata éste de un reparo que proviene de una fuente conocidamente contraria a la implantación institucionalizada de los sistemas alternos (considérese el título de su obra: *“Torciendo brazos: mediación remitida o vinculada por la jurisdicción bajo presión judicial”*), no puede dejar de adjudicársele un puesto de singular autoridad en la materia en estudio, tanto por provenir del medio inglés, como por la profusa investigación empírica que sustenta sus investigaciones, promocionadas desde el propio Ministerio de Justicia británico.

<sup>138</sup> TARUFFO (2008), p. 3.

<sup>139</sup> RESNIK (2015), pp. 2806-2807.

<sup>140</sup> BARONA (2014), p.6.

<sup>141</sup> PNCP 04-360 (2012), p. 4.

tradicional y de sus operadores forenses, no pocas veces demandado en el medio del *common law* angloamericano<sup>142</sup>.

#### **4.- El desafío de la convergencia: La incorporación institucional de herramientas y técnicas procesales provenientes del *common law* en los ordenamientos imperados por el *civil law*.**

**4.1.-** Se ha identificado, en los párrafos precedentes, aquellos elementos que, dogmáticamente, se pueden identificar como los centros de gravedad atingentes a la oferta de justicia en un estatuto modélico de nuestros procesos de reforma y, muy especialmente, a la manera en que ellos han influido en la modulación del rango competencial asignado a la justicia estatal (o de referencia a los SARC de todo tipo) en los ordenamientos comparados materia del presente estudio.

Surge ahora, como una consecuencia ineludible, un segundo objetivo dentro del mismo orden de ideas metodológicas, consistente en intentar extraer de aquellos sistemas, las entidades o instituciones que presenten mayores y mejores posibilidades de ser extrapoladas a nuestro medio y que, a la vez, presenten la particularidad de ofrecer, previas las necesarias adecuaciones que el caso demande, un efecto comprobado, funcional al favorecimiento de los objetivos trazados por los procesos de reforma y en particular a los que interesan en este caso: ya que éstos han definido una apuesta esencial (que nuestra investigación asumirá como un elemento dado) tendiente al favorecimiento de los SARC<sup>143</sup>, diseñado en conjunto con la instauración de proceso de carácter adversarial oral<sup>144</sup>, se torna imperioso evaluar la integración, bajo un modelo armónico de resolución de conflictos, de una arquitectura de conjunto, que comprenda las herramientas o técnicas que, a su vez, ordenen sus efectos hacia el diseño de sólidos canales de transmisión que enlacen el juzgamiento estatal heterónimo clásico reformado, con los sistemas alternos, siguiendo algunos de los diseños ya esbozados en este sentido, ponderado como política pública principal y prevalente en la modelación de dichas estructuras, la promoción intrajudicial de los SARC, en un pie de necesaria armonización equitativa y racional frente al sistema judicial público tradicional<sup>145</sup>.

Con todo, es preciso reparar, a la hora de considerar este punto, que el desarrollo de esta línea de investigación enfrenta el obstáculo que representa el hecho que, llegado que sea el caso, una o más de las entidades propuestas adscriban, de manera más o menos acentuada, a ordenamientos que tradicionalmente se han entendido lejanos a nuestra tradición jurídica, como ocurre precisamente con

---

<sup>142</sup> LANGBEIN (1985), p.854.

<sup>143</sup> Mensaje PNCPC 04-360 (2012), p. 19.

<sup>144</sup> DUCE ET AL (2008), pp. 35,36.

<sup>145</sup> MULLERAT (2002), p. 52.

aquellas que provienen del *common law* estadounidense, ello por cuanto tan importante como el diseño de las técnicas o herramientas precisas, es el alcanzar medios que permitan la superación de las brechas culturales que dicho proceso pueda presentar, pues aún en el ordenamiento que sirve de objeto principal para la presente investigación se ha declarado que: “*Cualquier propuesta para importar procedimientos judiciales procesales de otra sociedad, debería requerir un contraste cultural*”<sup>146</sup> y, más grave aún, que: “*La experiencia estadounidense demuestra que tratar de construir una máquina de litigación ‘perfecta’ puede transformarse en un esfuerzo autodestructivo. Las características singulares del litigio norteamericano que muchos abogados estadounidenses asumen como dados por la Divinidad, tienden a provocar verdadero horror en el resto del mundo*”<sup>147</sup>.

No puede perderse de vista, en este sentido, y así se reforzará en los capítulos que siguen, que esta investigación asume como premisa que una hibridación de inspiración pragmática es positiva, y aún deseable, frente a uno o más contextos de desarrollo de entidades o instituciones jurídicas en general y de orden procesal en particular<sup>148</sup>, en medios como el nuestro en que, en realidad, buena parte de nuestro bagaje jurídico reconoce un origen que proviene, precisamente, de ordenamientos comparados cuyo contraste técnico, o aún sustantivo, con aquellos que se propongan en aras de enriquecer el proceso de reforma, no puede agotarse en simples argumentos *ad auctoritatem* o *ad antiquitatem*, carentes de verdadero peso dogmático o aún empírico<sup>149</sup>.

Allanando el camino hacia la superación de los obstáculos que puede representar la convergencia con los ordenamientos del *common law* angloamericanos, aún en fases muy tempranas y no escasamente rebatidas<sup>150</sup>, cabe señalar que no parece posible sostener que una o más sistemas alternos individualmente considerados, ni aquellas herramientas diseñadas para canalizar el interés de los usuarios hacia ellos, salvo contadas excepciones, presenten *per se*, rasgos característicos atribuibles a su cercanía al *common law* que representen, a lo menos *ex – ante*, un impedimento para considerar su adopción en un medio determinado salvo, quizás, en lo que toca a la enorme cantidad de áreas cubiertas por la impresionante envergadura que los sistemas alternos alcanzan en el medio estadounidense<sup>151</sup> o inglés, en medida más contenida<sup>152</sup>.

---

<sup>146</sup> CHASE (2005), p. 76.

<sup>147</sup> MARCUS (2018), p. 195.

<sup>148</sup> DAMASKA (2000), p. 163.

<sup>149</sup> CHASE (2005), p. 186.

<sup>150</sup> MARCUS (2017), p. 68.

<sup>151</sup> SUMMERS (2011), p. 25.

<sup>152</sup> ANDREWS (2013), p. 4.

En efecto, en los medios angloamericanos, los SARC, que de hecho incluyen todo tipo de sistemas alternos al juicio estatal adjudicativo tradicional<sup>153</sup> se caracterizan, muy especialmente, por cubrir una amplísima gama de materias dentro del orden civil patrimonial<sup>154</sup>, incluso cercanas al contencioso administrativo<sup>155</sup>, o al derecho laboral en su más amplia extensión, tanto individual como colectivo<sup>156</sup>, al extremo de haberse declarado que, en realidad, no restan ya casi áreas del conflicto jurídico civil (no penal, y aún esto con reparos<sup>157</sup>, por la enorme cantidad de asuntos que llegan a ser resueltos mediante el mecanismo *plea bargaining*<sup>158</sup>), que no hayan sido cubiertas ya, de manera efectiva e intensamente empleadas, por diversas hipótesis de SARC<sup>159</sup>, presentando un escenario que resulta aún profundamente ajeno a medios como el nuestro, en los que perviven (y gozan de buena salud) severas aprehensiones, vinculadas a una potencial privatización del aparato judicial, que aleje una solución equitativa de los conflictos de los usuarios más débiles económica o políticamente y que pueda llegar a quebrantar áreas en que imperen nociones de “orden público”<sup>160</sup> verdaderamente ignotas, en realidad<sup>161</sup>, sin que, empero, puedan definirse, en paralelo y con claridad suficiente, fundamentos jurídicamente atendibles que revelen cuando menos la posibilidad de definir motivos que justificarían la presencia de un interés público prevalente en preservar una ingerencia estatal profunda y directa en determinadas áreas del diferendo jurídico civil<sup>162</sup>, cuyas más severas aprehensiones (asimetría entre litigantes, poca transparencia, imposición de posiciones prevalentes) no son, por una parte, ajenas al medio continental imperado por la noción de oficialidad de la administración de justicia<sup>163</sup> y, por otra, se propuesto superar mediante modernas fórmulas SARC cuya valía se ha proclamado precisamente en su capacidad de superar estos adversos escenarios<sup>164</sup>. Es un debate pendiente,

---

<sup>153</sup> CHASE (2005), p. 134.

<sup>154</sup> BARONA (2010), p. 468.

<sup>155</sup> MULLERAT (2002), p. 66.

<sup>156</sup> SUMMERS (2011), pp. 25-26. De hecho, fue en el ámbito de las relaciones de trabajo en el que primero se desarrollaron los SARC en los Estados Unidos, junto con las vinculadas al medio corporativo mercantil, fenómeno éste que se analizará más adelante.

<sup>157</sup> SUMMERS (2011), p. 25.

<sup>158</sup> También presente entre nosotros mediante el modelo de juicio abreviado modificado tras la reforma de la ley 20.931: RIEGO (2017), pp. 1086-1087.

<sup>159</sup> BARONA (2010), p. 468.

<sup>160</sup> PÉREZ Y COPANI (2006), p. 177.

<sup>161</sup> DAMASKA (1997), p. 87.

<sup>162</sup> PÉREZ Y COPANI (2006), p. 182.

<sup>163</sup> DAMASKA (2000), p. 96.

<sup>164</sup> Es precisamente lo que ocurre en el caso de la *court annexed mediation or arbitration*, ampliamente preferido en el medio angloamericano, que ofrece el control judicial sobre sus resultados y que ha sido precisamente conceptualizado como tal: “La mediación o arbitraje anexo al tribunal consiste en la remisión de determinados casos al procedimiento ADR que exige un tribunal (estatal o federal) como precondition o sustitutivo de un juicio. El tribunal que remite el

también entre nosotros, del que trataremos más adelante pero respecto del cual es preciso adelantar que reclama mayor profundidad dogmática, empírica y científica<sup>165</sup>.

**4.2.-** En línea con las reflexiones precedentes, parece posible identificar como base de la investigación que se desarrollará en los capítulos que siguen, un estado de nuestro ordenamiento no lejano a aquél en que se encontraba, en relación con la materia planteada, el sistema de enjuiciamiento civil estadounidense a mediados de la década de los '80 del siglo XX: un medio en que los SARC, a pesar los, cuando menos opinables, esfuerzos públicos emprendidos para mutar el estado de cosas en el ámbito de los procedimientos internos (civiles o no), se encuentran relegados aún a un lejano segundo plano de importancia, a una gran distancia del juzgamiento estatal heterónimo, que se presenta como prioritario para la resolución de los conflictos jurídicamente relevantes<sup>166</sup>, y un estatuto que, por una parte, priva tanto al juez estatal de toda injerencia en la referencia de determinados diferendos a medios de solución adecuados<sup>167</sup>, como a los interesados de un estatuto de información suficiente<sup>168</sup>, consonante con la relevancia de las decisiones a adoptar en éste ámbito y que por otra, carece derechamente de instancias o herramientas que alienten a los interesados a sondear de manera seria, razonada, sus posibilidades de éxito frente a la alternativa que puede ofrecer un determinado medio alternativo, sin las cuales el esfuerzo de promoción primeramente reseñado es, derechamente, estéril.

Dicho en otros términos, y aquí la línea central de la investigación y que encauza, en definitiva, el desarrollo de las hipótesis que la misma plantea, sostendremos, y así lo reiteraremos a lo largo de los capítulos entrantes, que la promoción de los SARC de referencia civil en nuestro medio, de manera autónoma, separada del juicio estatal heterónimo, resulta condenada a naufragar frente a este último formidable adversario si, en definitiva, se le enfrenta como tal y no como parte de un conjunto sistémico, complementario, que requiere, primero, de instituciones y herramientas de diseño inteligente e inserción premeditada al interior del propio ordenamiento jurisdiccional que conforme sólidos puentes o canales de conexión entre unos y otros sistemas de resolución del conflicto, recordando, nuevamente,

---

*caso a este procedimiento supervisa el proceso de mediación o arbitraje y establece los requisitos que han de reunir los mediadores o árbitros (...) Si alguna de las partes rechaza la decisión arbitral, puede solicitar la continuación del proceso judicial. En algunas jurisdicciones, la parte que rechaza la decisión ADR y solicita la continuidad del juicio, puede ser sancionada económicamente si la sentencia que recae en el juicio no le es sustancialmente más favorable que la decisión ADR".* MULLERAT (2002), p. 61.

<sup>165</sup> DELGADO (2016), pp. 252-253.

<sup>166</sup> DAMASKA (2000), p. 163.

<sup>167</sup> JEQUIER (2016), p. 111.

<sup>168</sup> TARUFFO (2007), p. 81.

el diseño de “doble hélice” sugerido por la dogmática y ya citado en estas páginas<sup>169</sup>, en que los necesarios e imprescindibles enlaces entre las dos cadenas se materializa por medio de las entidades o instituciones ya mencionadas, que concretamente, apuntan a la gestión del juicio (*managerial judges*) y al imprescindible establecimiento del estatuto de información del litigante (*discovery*), sin los cuales la componente privada de gestión semi – autónoma<sup>170</sup> de la cadena amenaza con quedar definitivamente relegada al segundo plano que ha ocupado en nuestro medio hasta el presente<sup>171</sup>.

Frente al estado actual de la cuestión en nuestro medio que se viene de describir, los SARC que la política pública estatal pretende difundir parecen confinados al interés de partes económicamente bien dotadas y con capacidades de negociación importantes, o a lo menos más congruentes con ella, así como a sectores del conflicto en los que, inevitablemente (y aún a pesar del interés declarado de las partes interesadas por retornar al juzgamiento estatal heterónomo<sup>172</sup>), por disposiciones legislativas de antigua data<sup>173</sup>, se encuentran entregados ciertos diferendos a los medios alternativos de resolución del conflicto más clásicos como ocurre, de hecho, con las materias corporativas o vinculadas al derecho sucesorio ello a pesar, insistimos, de los esfuerzos públicos desplegados para revertir esta concepción, dentro de los cuales ocupa entre nosotros un lugar distintivo, de especial desarrollo, la resolución de los conflictos en materia de prestaciones de salud<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> VARGAS (2017) con referencia a ANDREWS.

<sup>170</sup> Recuérdese que hemos decidido insertar en ella ciertas entidades de juzgamiento que, si bien terminan por radicar en el propio aparato estatal, conforman una suerte de respuesta menos radical, más atenuada de parte de éste, como ocurre con el *court annexed arbitration* o con el *summary trial*, que también han sido calificados como integrantes del universo SARC. Así en CHASE (2005), p.134.

<sup>171</sup> JEQUIER (2016), p. 93.

<sup>172</sup> JEQUIER (2016), p. 93.

<sup>173</sup> Las normas vinculadas a la jurisdicción arbitral obligatoria de nuestro Código Orgánico de Tribunales datan de 1942.

<sup>174</sup> Resulta ineludible aquí, hacer hincapié en el interesante resultado que ha presentado, en este sentido, el procedimiento de mediación obligatorio que introdujo la ley 19.996 sobre prestaciones en materia de salud, como se anunció. A diferencia de otros SARC, la mediación en este ámbito ha demostrado que recurren a ella importantes sectores de usuarios de los más diversos estratos socio-económicos, muchos de los cuales hubiesen quedado al margen del sistema judicial de resolución de conflictos o que, en el mejor de los casos, hubiesen alcanzado sólo una asistencia letrada básica, dando lugar a una eventual, pero no por ello menos censurable, desigualdad de armas. Aún más: un importante estudio empírico acerca de la desjudicialización del conflicto en salud encargado por la unidad de mediación del Consejo de Defensa del Estado, órgano público legalmente encargado de canalizar este SARC particular, (<http://www.cde.cl/mediacion/wpcontent/uploads/sites/16/2016/01/ESTUDIODESJUDICIALIZACION-nov-2011.pdf>, visitado el 28.feb.2017) , demostró que si bien en un lapso de más de 10 años la tasa de mediaciones exitosas parece consolidarse en torno al 20%, el porcentaje de asuntos

En este contexto, resulta no sólo posible sino que, aún más, deseable, que los esfuerzos en pos de la modernización de la justicia en Chile se planteen el análisis pormenorizado, como un diseño funcional a sus objetivos, del itinerario trazado por el *common law* estadounidense (e inglés en una medida más acotada) como un camino a seguir, sin que el verdadero prejuicio intelectual de considerarle una suerte de influencia extranjerizante inadmisibile, conduzca a un rechazo de plano, irreflexivo, pues ello importará, a lo menos implícitamente, privilegiar la optimización de la respuesta del aparato estatal heterónimo mediante la inserción de nociones propias de oralidad, intermediación y adversarialidad, frente a los SARC más relevantes, ello a pesar de la miríada de declaraciones que se pudiesen formular en contrario, teniendo presente, derechamente, que parece en extremo difícil migrar desde nuestro sistema judicial tradicional, adjudicativo y preeminentemente estatal, de escaso componente alterno<sup>175</sup>, hacia una integral y verdadera modernización del aparato de justicia estatal, que tome debida nota de los favorables efectos que se pueden alcanzar si se promueven los medios alternos a partir del aparato judicial público e, incluso, que se pretenda mejorar su estatuto normativo sin considerar, en paralelo, los canales de comunicación y referencia de éstos con el juzgamiento estatal heterónimo<sup>176</sup>. Parafraseando la obra de Mirjjan Damaska<sup>177</sup>: *“Lo equivocado, es centrarse en el atractivo que representan los SARC asiladamente considerados, sin preguntarse antes si tales sistemas son compatibles y enlazables con el aparato judicial que se pretende implantar”*.

Situados ya en el contexto que viene de enunciarse y, en definitiva, en el estadio actual del asunto en nuestro medio, las hipótesis de solución que se proponen en los capítulos siguientes no son, desde luego, neutras, pues derechamente proyectan sostener que la experiencia comparada desarrollada en los ordenamientos del *common law* estadounidense (e inglés en una medida más acotada, pero con una riqueza dogmática profunda) ofrece al litigante, cuando se encuentra en posesión de un estatuto de información pertinente, relevante y adecuado al diferendo que le ocupa, instancias, herramientas y técnicas que han

---

restantes que no llegó a resolverse en esta instancia y que, finalmente, termina en un juicio estatal adjudicativo tradicional no supera el 16% y, tan importante como ello, la tasa de satisfacción de los usuarios supera el 90%. Esta experiencia, unida al hecho de tratarse de un SARC de observancia obligatoria, a disposición de partes la mayor parte de las veces carente de recursos económicos de importancia (esta diseñada para el aparato público de salud) y de financiamiento público, obliga a prestar muy estrecha atención a la manera en que este SARC viene desarrollándose en nuestro medio, precisamente por tratarse de un área en que, en principio, no rige ningún principio tutelar que ampare el interés de alguna de las partes, como sí ocurre, en cambio, en materias de familia o laborales.

<sup>175</sup> TWINING (1993), p. 391.

<sup>176</sup> JEQUIER (2016), p. 116.

<sup>177</sup> DAMASKA (2000), p. 86.

demostrado su potencial de enlazar un litigio estatal heterónimo, fuertemente caracterizado por los rasgos de oralidad, adversarialidad y preponderancia de la iniciativa de parte, con una promoción potente y profundamente enraizada al interior del propio aparato público, favorable a los SARC del más amplio espectro y alcance, las que a su vez han experimentado un desarrollo tal que les ha llevado a abandonar su conceptualización aislada, singular, tradicional como simples salidas alternativas al juzgamiento estatal clásico para ocupar un puesto complementario a aquél<sup>178</sup>, en base a presentar fundadamente a los interesados, mediante la decidida promoción oficial en manos de la judicatura, la serie de ventajas indiscutidamente propias, que se anunciaron con precedencia<sup>179</sup> las que, por lo mismo, se ven motivadas a mantener al conflicto marginado a un área que no llegue a afectar el complejo conjunto relacional, puntos todos que pueden llegar y, de hecho, llegan a representar un ahorro relevante de recursos frente al juicio estatal centrado en una sentencia de adjudicación que, inevitablemente, tardará en llegar<sup>180</sup>.

**4.3.-** Se pretende presentar, por lo tanto, la conveniencia y funcionalidad a los objetivos de la reforma procesal civil que representa la promoción de un modelo de oferta de justicia público-privada de promoción intrajudicial sin perder de vista, claro está, que el adecuado desarrollo del mismo, a la luz de la necesaria experiencia comparada, reclama una sustancial redefinición del rol del juez, cuyo papel no se agotará ya en la clásica resolución del conflicto mediante la sentencia adjudicativa tradicional<sup>181</sup> o en perseguir el cumplimiento de simples metas de gestión institucional, sino que debe acordársele un rol central en la procura de la eventual asignación de soluciones auto compositivas, de compromiso o dispositivas, aún con la intervención de terceros privados (mediadores, árbitros) o incluso públicos de una intensidad diversa a la sentencia adjudicativa.

Esta redefinición requiere, además, fundar debidamente la legitimidad de dicha actividad del juez, tanto desde la perspectiva de éste, que abandona el rol que le es (o era) propio, como desde la de los interesados, que deben aceptar una

---

<sup>178</sup> Bien que inclusive este último concepto (“complementario”) es rechazado por parte autorizada de la dogmática por sugerir nociones de secundariedad o de segundo orden. Por todos: MULLERAT (2002), p. 52.

<sup>179</sup> Una de las ventajas que caracteriza a los ADR es precisamente la mitigación de la hostilidad: *“Cuando ha existido una relación prolongada, especialmente de naturaleza comercial, entre las partes contendientes, el proceso judicial, independientemente de su resultado, suele comportar la cesación definitiva de aquella relación. Uno de los objetivos de las ADR consiste precisamente en resolver la discrepancia evitando el enconamiento de las contiendas judiciales y en reinstaurar la relación temporalmente interrumpida”* MULLERAT (2002), p. 53.

<sup>180</sup> *“Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser – in fees, expenses and waste of time.”* Abraham Lincoln, 1850 en MULLERAT (2002), p. 48.

<sup>181</sup> RESNIK (1986), p. 554.

ingerencia más o menos marcada del órgano público en la adopción de un SARC como un medio más o menos privado de resolución de su conflicto, pues bien puede sostenerse que la sola potencialidad de opción por este camino, hace desaparecer el conflicto que el juez estaba llamado a resolver<sup>182</sup>, planteándose así cuestionamientos que pueden alcanzar incluso a la constitucionalidad del nuevo rol que se le pretende asignar al juez, tal y como ha ocurrido, por cierto, en el medio norteamericano, en que éste desarrolla un papel activísimo no sólo en la promoción de los ADR, sino que inclusive en el control del resultado que la aplicación de éstas arroja<sup>183</sup>, particularmente en los modelos que, debiendo contemplar la adopción de un determinado tipo de SARC de referencia obligatoria, permiten, sin embargo, abandonar la misma en diversos estadios de su desarrollo (*opt – out*), enlazado con el diseño de diversas medidas tendientes a obtener un efecto disuasivo frente a la decisión temprana de no perseverar en aquellos<sup>184</sup>, ello sin siquiera tocar ni aún tangencialmente el punto de más arduo debate actual en la materia alrededor del mundo, centrado en la implantación de la obligatoriedad asociada a los SARC<sup>185</sup>.

El nuevo paradigma del juez en comento es aquél que en el medio estadounidense ha sido dado en llamar “Jueces Gerentes” o “Jueces Administradores del Conflicto” (*Managerial Judges*), quienes tienen el deber, precisamente, de gestionar la mejor solución al diferendo, la que no siempre y necesariamente pasa, como se dijo antes, por la sentencia adjudicativa tradicional, perfilando así el litigio que se les presenta ante sí<sup>186</sup>. En el caso inglés, análoga concepción se alcanza a través de la introducción del principio denominado “*overriding principle*”, proveniente de las reformas procesales generadas hace ya casi dos décadas por el célebre “Informe Woolf” y que impone a los jueces civiles la función primordial (*overriding principle*) de gestionar el conflicto en pos del mejor interés de las partes, convocándolas a optar por las SARC que se estimen más adecuadas por el juez, agotados que han sido los protocolos prejudiciales que se les exigirá a los intervinientes completar<sup>187</sup>.

A pesar que desde el medio norteamericano prevalece la tendencia a adjudicar a los ordenamientos continentales la característica de contar con un juez activo,

---

<sup>182</sup> RESNIK (1986), p. 550.

<sup>183</sup> MULLERAT (2002), pp. 61-62.

<sup>184</sup> RESNIK (1982), p. 441. Sugiere esta influyente autora que la estructuración de este tipo de medidas o sanciones permite al poder judicial incluso llevar a la práctica medidas para motivar el incremento de la litigación en ciertas áreas que considere de relevancia para las garantías fundamentales.

<sup>185</sup> ANDREWS (2018), p. 34.

<sup>186</sup> RESNIK (1982), p. 377.

<sup>187</sup> DE PRADA Y MUÑOZ (2014), p. 11.

también en esta área<sup>188</sup>, y entender que la concesión de este tipo de facultades en definitiva puede llegar a comprometer el modelo adversarial<sup>189</sup> lo cierto es que desde la óptica nacional, enraizada en un medio imperado por nociones continentales de juzgamiento heterónomo estatal, esto no es así, pues se comprueba en él la presencia de un juez civil al que se le adjudica un rol marcadamente pasivo, que poco y nada obra a favor de la adopción de SARC por parte de los intervinientes de la relación jurisdiccional y concurrente, por lo demás, con el escaso, si no nulo, papel que a las fases previas al juicio les entrega nuestro ordenamiento, etapa del proceso ésta que, a la luz de la experiencia comparada, se propondrá como el más adecuado a la inserción de las medidas tendientes a obtener dicho objetivo<sup>190 191</sup>.

En el estado actual de cosas resultará necesario tener presente, por lo tanto, que a pesar de lo lejano que nos puede resultar el concepto de “Jueces Gerentes”<sup>192</sup> o de “Objetivos Primordiales” que enmarcan la actuación del adjudicador estatal en los esquemas ya planteados, viene al caso recordar que presentan ellos características tenidas como prioritarias por nuestros reformadores.

Sin llegar a presentar, por los motivos ya analizados, un modelo que conduzca a una propuesta límite, en que la actividad del juez en pos del logro de una adecuada gestión del conflicto, llegue a comprometer la componente adversarial que los procesos de reforma contemplan o que, en el otro extremo, importe vetar el acceso universal al juzgamiento estatal, lo cierto es que la implantación de un modelo abierto de enjuiciamiento público-privado como el que se anuncia, necesariamente pasa, como se dijo, por una fundamental redefinición de los roles del juez que habrá de dar un perfil procesal determinado al juicio, con la colaboración de las partes y, al mismo tiempo, ocuparse de la calidad sustancial de la salida que ofrece al mismo, aún cuando ello no implique necesariamente un control del resultado de ésta, punto de acceso a la canalización de las alternativas de juzgamiento hacia la oferta ya mencionada frente a la cual los interesados se deben plantear con un bagaje suficiente y oportunamente obtenido, de información.

En definitiva, frente a un proceso de modernización de la justicia civil que presenta la adopción de un nuevo y preponderante rol de las SARC promovidas desde la

---

<sup>188</sup> SUBRIN (2002), p. 309.

<sup>189</sup> RESNIK (1982), p. 445.

<sup>190</sup> SUBRIN (2002), p. 315.

<sup>191</sup> NIEMEYER (1998), p. 523.

<sup>192</sup> Claramente diferenciado del modelo de juez “activista”, pues mientras éste se fija como objetivo la materialización, en el curso del proceso, de ciertas premisas o valores tenidos como preferentes o preponderantes, el *managerial* sólo priorizará la eventual reconducción del litigio a la sede que parezca más funcional a los intereses de los involucrados. MONTERO AROCA (2014), p. 29.

sede judicial estatal, como un eje estructurante de aquél, no puede desconocerse que el modelo de juzgamiento angloamericano presenta, aún y principalmente desde su interior, mediante la inserción de las medidas ya anunciadas, una declarada propuesta por incentivar la adopción de aquellas por los interesados quienes, teóricamente al menos, podrán así seleccionar la salida que estimen más adecuada a las necesidades que presenta su conflicto.

Este modelo de justicia abierto a la solución negociada, que presenta tasas muy importantes de logro de salidas diversas del juzgamiento estatal heterónimo adjudicativo, requiere necesariamente, por una parte, la adopción de herramientas e instancias adecuadas al objetivo en referencia, insertas en el proceso, como lo es el estatuto de información del litigante, y por otra, y por cierto no menos importante, una redistribución de potestades al interior del proceso y muy especialmente del juez estatal, quien pasa del rol tradicional de adjudicar el resultado del pleito mediante la sentencia, a gestionar el conflicto.

Se presenta por lo tanto, como medio a través del cual se sugiere introducir a nuestro medio el modelo abierto ya bosquejado<sup>193</sup>, consonante a los objetivos predicados por la reforma procesal civil, la adopción por un concepto de “*managerial judgement*”, noción ampliamente desarrollada en el *common law* angloamericano, modulado a fin de insertar de mejor forma en un proceso de corte adversarial oral y que, por lo tanto, requerirá en su arquitectura, un diseño equilibrado en torno a las funciones que se le asignen a los intervinientes del diferendo civil, presidido por la noción de estar llamado éste a facilitar el acceso a sus salidas mediante el ofrecimiento de reglas aplicables al amplio espectro de diferendos civiles patrimoniales, y que inserta, con toda claridad, en la etapa previa a la del juzgamiento estatal cuyo desarrollo representa por demás, las más de las veces, el quiebre definitivo de la relación entre los interesados, con consecuencias que pueden, de hecho, mitigarse en este mismo estadio del diferendo.

---

<sup>193</sup> En esta línea, conclusiones del “*Panel de Expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos Informe Final Abril 2013*” disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/07/Informe-Final-SARC.pdf> (visitado el 19.mar.2018).

## CAPÍTULO II. CULTURAS Y SISTEMAS PROCESALES. ¿OBSTÁCULOS INSALVABLES O VASOS COMUNICANTES?

### 1.- El contraste cultural y sus trasuntos jurídico - procesales.

1.1.- Desde el comienzo de la implantación de las reformas procesales en nuestro ordenamiento, y en particular, la que se materializó con la dictación del Código Procesal Penal, a la que siguió una larga, profunda y aún inconclusa serie de modificaciones y reformas<sup>194</sup>, una parte importante de los problemas u obstáculos que ha presentado su inserción y puesta en marcha, se han atribuido, con una frecuencia lindante con el lugar común, a una muchas veces supuesta inspiración en fuentes angloamericanas o, en términos más generales, en modelos comparados ajenos a la herencia jurídica nacional, identificada ésta como de corte continental<sup>195 196</sup>, partido que además anuncia desastrosas consecuencias de adoptarse este partido<sup>197</sup>.

Sostendremos, empero, que reparos de este orden, carentes de un asidero dogmático, tienen un fundamento escasamente atendible, especialmente si se considera que la inspiración en fuentes ajenas a la tradición continental, según se puede constatar el propio texto oficial que precedió a la compilación primeramente mencionada<sup>198</sup> parece haber sido de una densidad derechamente irrelevante, largamente inferior, en todo caso, a otras de raigambre continental, a las que parecería lógico (y justo) endilgársele por lo tanto, las dificultades antes mencionadas, en la medida, claro está, que no sean las propias de toda institucionalidad profundamente innovadora<sup>199</sup>. Es por ello que resulta sorprendente que la que se viene de describir constituya una línea de razonamiento, un parecer sostenido muchas veces por fuentes bien reputadas<sup>200</sup>, que se ha extendido ampliamente en nuestro medio, alcanzando las nuevas institucionalidades que, progresivamente, se han instalado en nuestros estatutos jurídico – procesales y que, por lógica consecuencia, suele presentársele como una suerte de argumento *ad-autoritatem*, que bloquea el acceso a considerar diseños que reconozcan en alguna medida más o menos extendida, una

---

<sup>194</sup> PALOMO ET AL (2016) (A) p. 88.

<sup>195</sup> DUCE ET AL (2008) p. 38.

<sup>196</sup> Apuntando en pos de la superación del paradigma: RIEGO (2017) p.1087.

<sup>197</sup> PALOMO (2006), pp. 457, 460.

<sup>198</sup> En mensaje del Código Procesal Penal cita como fuentes positivas sólo ordenamientos de la familia continental, subrayando expresamente el aporte de los estatutos alemán e italiano para la etapa de instrucción.

<sup>199</sup> De hecho, parece haber imperado más bien una orientación tendiente a guardar distancia de ciertos nudos críticos detectados en el ordenamiento estadounidense en los redactores del Código Procesal Penal, particularmente los reparos dirigidos hacia el *plea bargaining*, los que recién se vinieron a revisar en 2017, con la dictación de la ley 20.931. Así en RIEGO (2017) pp. 1086-1087.

<sup>200</sup> DELGADO (2016), p. 242.

raigambre en el medio del *common law* angloamericano, al extremo de entenderse, sin mayor fundamento, desde luego, que la mera comprobación de la concurrencia de rasgos que permitan adscribir una institución jurídica en general y procesal en particular, a los ordenamientos angloamericanos en general, desautoriza de plano la iniciativa, augurando su fracaso por este sólo hecho, incluso en la fuente comparada<sup>201</sup>.

Se instala así, en foro y academia, una suerte de “*common law – fobia*” ilógica, castrante y de no escasa inspiración ideológica, inversamente proporcional a su peso científico<sup>202</sup>, que abona el “preciosismo” por sobre las nociones de pragmatismo que, en racional y proporcionada medida inspiran las reformas procesales<sup>203</sup> enlazada con inspiraciones de eficiencia del proceso de conocida raigambre angloamericana<sup>204</sup> que en racional equidad deben ser, a su vez, sometidas a escrutinio, a fin de ponderar la medida en que ellas comprometen la calidad de la respuesta que se pone a disposición del interesado<sup>205</sup>.

**1.2.-** El alcance, la profundidad y el resultado del debate anteriormente anunciado es de crucial significación para las hipótesis que fundan esta investigación. Dado que éstas han planteado, derechamente, que ciertas instituciones marcadamente presentes en el ordenamiento procesal civil angloamericano (*discovery* instrumental a los SARC promovidos desde sede judicial, gestionados y monitoreados por el propio juez estatal como salidas al conflicto diversas de la sentencia adjudicativa tradicional) son funcionales a los objetivos trazados por nuestra reforma procesal civil y que no resulta racional ni lógico, sin baldar notoriamente las expectativas de éxito de ésta, hacer caso omiso de dicha experiencia, el desafío de superar de la mejor forma la convergencia cultural que este contexto plantea es, sin lugar a dudas, esencial, previo e ineludible a las consideraciones vinculadas a los pormenores de dicha institucionalidad, a riesgo de presentar logros meramente retóricos como sustantivos<sup>206</sup>.

Avanzando más allá de la simple constatación de las diferencias culturales básicas (e incluso lingüísticas) que siglos de evolución evidencian entre los medios desarrollados al amparo de las normas inspiradoras del *common* o las del *civil law*, interesa radicar acá la cuestión en torno a la medida en que rasgos propios, adjudicables en cada ordenamiento, a los fundamentos de establecimiento de aquellas instituciones que el Estado o los interesados se han dado para resolver sus conflictos jurídicamente relevantes, explican la manera cómo éstas se han

---

<sup>201</sup> MONTERO (2014) p. 87

<sup>202</sup> PALOMO ET AL (2016) (A) p.107, 124.

<sup>203</sup> VIAL (2006) p.718.

<sup>204</sup> SHAVELL (1999) p.100.

<sup>205</sup> DE LA OLIVA (2012) p.256.

<sup>206</sup> DAMASKA (2000) p.10.

diseñado, implantado, desarrollado y arrojado algún resultado apreciable en la función de resolución de dichos diferendos. En otras palabras, parece necesario concluir, acompañado de dogmática muy autorizada en nuestro medio, que: *“Las formas de resolución de conflictos reflejan la cultura de base de una comunidad, sus valores, sus convicciones sociales y los símbolos a través de los cuales se representan. Y esa relación es recíproca, los métodos para la resolución de disputas con un factor de importancia en la tarea inacabada de “configurar” la cultura en la cual se insertan, en el sentido que los cambios en la litigiosidad repercutirán en la misma cultura. De ahí que cualquier reforma procesal trascendente no puede ser considerada únicamente desde el prisma del tecnicismo legal”*<sup>207</sup>. El diagnóstico es también idéntico desde la sede angloamericana<sup>208</sup> y es por ello que se sostiene, desde esta última, que cualquier propuesta para transplantar iniciativas que incidan en los procesos de resolución de conflictos, particularmente en sede judicial, requiere de un necesario contraste cultural<sup>209 210</sup>, ejercicio presente desde la más temprana evolución institucional de los Estados Unidos y que llevó a estructurar en el Nuevo Mundo un *common law* sensiblemente diverso del inglés, con rasgos marcadamente propios<sup>211</sup>, verificables a través de la divergente manera en que instituciones análogas se desarrollaron en una y otra costa del Océano Atlántico<sup>212</sup>, sin dejar de considerar que muchas de las diferencias, con el devenir del tiempo y de sucesivas reformas, pueden ser tenidas por simples contrastes de técnica que conducen a análogos resultados<sup>213</sup>.

En efecto; desde hace ya largo tiempo, y desde sedes radicadas tanto en el medio del *civil* como del *common law*, se ha venido describiendo, cada vez con más precisión, cómo los sistemas de resolución de conflictos, en su conjunto, se pueden identificar con la comunidad a la cual sirven, modelándose incluso ciertos diseños a este respecto<sup>214</sup>.

Es así como, por ejemplo, a los rasgos más distintivos de la cultura estadounidense, identificados con la primacía de la libertad personal en todos los ámbitos (no sólo el económico), el igualitarismo, el individualismo teñido en alguna medida no menor de populismo y liberalismo políticos, reflejados en una relativamente baja densidad regulatoria en el ámbito patrimonial de todo orden, se ha asociado como rasgo característico, en lo que toca a la órbita de la

---

<sup>207</sup> BERIZONCE (2017) p. 23 con cita a CHASE.

<sup>208</sup> CHASE (2005) p. 26.

<sup>209</sup> CHASE (2005) p. 76.

<sup>210</sup> TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>211</sup> TWINING (1993) p. 381.

<sup>212</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 404.

<sup>213</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 378, 379.

<sup>214</sup> Por todos: VAN RHEE (2005) p. 19 y s.s.

organización judicial, el mecanismo de elección popular de los jueces como funcional al ideal populista e igualitario transversalmente, que no desdeñó sino que, más bien, privilegió el recurso al sistema de jurados y a jueces legos<sup>215</sup> que poco a poco la sede inglesa fue pretiriendo.

La acendrada litigiosidad en el medio norteamericano<sup>216</sup> plantea, desde luego, un desafío que, *prima facie*, desnuda una debilidad del liberalismo que informa la estructuración política de un Estado que se margina de intervenir en la disputa patrimonial privada pero, en realidad, termina por representar un influjo sustancial hacia el incentivo público en pos de los SARC<sup>217</sup>, pues ellos establecen un estatuto que mira principalmente la defensa de intereses individuales, controlados precisamente por éstos, en que la potestad jurisdiccional es relativamente restringida y que, en definitiva, se traducen en un sorprendentemente bajo número de asuntos que terminan por ser resueltos mediante una sentencia tradicional adjudicativa<sup>218</sup>, tal y como se anuncia desde la sede tanto comparada<sup>219</sup> como continental<sup>220</sup>.

Siempre en consonancia con los rasgos que se vienen de enunciar, se atribuye a ellos una asociación básica tradicional, que une ordenamientos del *common law* con sistemas de corte netamente adversarial y a los del *civil law* con estatutos de enjuiciamiento primordialmente inquisitorial<sup>221</sup>, pero es cada vez más imperioso resaltar que se trata ésta de una distinción hoy fuertemente cuestionada<sup>222</sup>, cuyos contornos han adquirido progresiva indefinición hasta hacerse extraordinariamente difusos, especialmente si se atiende a la forma en que los estatutos que imperan en los medios continentales abandonan de manera notoria el ideal inquisitivo, reflejadas paradigmáticamente en el conjunto de reformas ya implantadas en nuestro medio, y otras en marcha, al extremo que se ha calificado a este contraste como una “*mera herramienta de propagación ideológica*” cuya formulación es sustancialmente inatendible y que, por demás, ha demostrado su inutilidad como herramienta científica de análisis<sup>223</sup>, tratándose de una distinción que en sedes dogmáticas tanto continentales como angloamericanas, tiende, por tanto, a perder autoridad<sup>224</sup>.

---

<sup>215</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 404.

<sup>216</sup> GROSS ET AL (1996) p. 2.

<sup>217</sup> SUBRIN (1987) pp. 910-911.

<sup>218</sup> CHASE (2005) p. 83.

<sup>219</sup> SUBRIN (1987) p. 382.

<sup>220</sup> MULLERAT (2002) p. 49.

<sup>221</sup> CHASE (2005) p. 83.

<sup>222</sup> SUBRIN (2002) p. 389.

<sup>223</sup> TARUFFO (2007) p. 75.

<sup>224</sup> Para una importante recensión de autores angloamericanos en este sentido, véase TWINING (1993) p. 389. Este documento guarda particular interés por haber sido preparado con la específica

**1.3.-** Frente a este indiscutible fenómeno, esto es, el de atribuir al ordenamientos angloamericano de manera en exceso simplista (y muchas veces teñida, como no, de simple pereza intelectual<sup>225</sup>), a la par que casi exclusiva y excluyente, los rasgos de adversarialidad en su estado más puro que, por cierto, prevalece y es, de hecho, identificado habitualmente como una tara del mismo<sup>226</sup> (tal y como ocurre, por demás, en la mayoría de los estatutos occidentales modernos), sumado a los juicios por jurados y a la regla del precedente como los elementos preponderantemente distintivos de los procesos civiles imperados por la regla del *common law*, se impone la necesidad dogmática de analizar el fenómeno del desarrollo de los métodos de resolución de los diferendos civiles tanto en estos ordenamientos como en los continentales, desde una perspectiva que ofrezca una envergadura más amplia, omnicomprensiva e ideológicamente neutra, que permita su utilización como una verdadera herramienta científica de validez transversal, con la virtud de revelar rasgos verdaderamente distintivos, poseedores, por una parte, de la capacidad de enraizar en bases culturales jurídicas indiscutidas y por otra, de describir líneas que identifiquen los sistemas como un conjunto que forma parte de un entramado compuesto de trazos jurídicos culturales mucho más complejos, profundos y cuya identificación sí termine por arrojar luz sobre elementos casi genéticamente identificables con un medio u otro, si es que los hay<sup>227</sup>.

Este esencial objetivo, que se propone como meta llegar a descubrir y poner en realce elementos comprobadamente sustantivos, fundacionales, en los ordenamientos para, posteriormente, contrastarlos y ponderar su eventual armonización sistemática con aquellos que servirán de “*campo de prueba*” para la investigación, es, por lo demás, análogo al que conduce los esfuerzos de la ciencia comparatística<sup>228 229</sup>, sin cuyo producto parece difícil, si no derechamente irresponsable, proponer la implantación de reformas jurídicas de cualquier género y, en particular, vinculadas a las formas en que la sociedad ha determinado encausar sus diferendos jurídicamente relevantes<sup>230</sup> pues se trata de una herramienta descriptiva científicamente irrenunciable cuyo valor, en esta área, se revela con especial vigor, precisamente, cuando se centra el escrutinio sobre

---

finalidad de presentar una caracterización del sistema angloamericano de resolución de conflictos, a partir de sus autores fundacionales, para servir como base a una exposición desarrollada en un Coloquio Anglo-Soviético de Resolución de Conflictos en Moscú, en 1990 y forma parte de la obra del mismo autor, de mayor envergadura, centrada en torno a la reformulación de la teoría de la prueba, de profundo interés para las materias que, seguidamente, se expondrán.

<sup>225</sup> TARUFFO (2007) p. 86.

<sup>226</sup> SUBRIN (1987) p. 911.

<sup>227</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 377.

<sup>228</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 377.

<sup>229</sup> TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>230</sup> TARUFFO (2007) p. 71.

modelos procesales prototípicos, alejados de la “microcomparación” que suele engrillar al procesalista<sup>231</sup> y encaminada hacia las verdaderas bases sustanciales del sistema, bloqueando el paso a superficiales propuestas que apuntan a simples injertos inorgánicos de escaso vuelo y que, a la postre, terminan por demostrar su ineficacia<sup>232</sup>.

Es cierto que el análisis que se propone puede radicar sus fundamentos en un análisis simplificado, bipolar, si se le puede llamar así, en que el Estado, por una parte, asuma un rol de gestor al interior del entramado social reclamando para sí el papel de averiguador de hechos (*fact finder*) cuando le corresponde administrar los medios que propone para la resolución de los conflictos<sup>233</sup> y, con ello, perseguir la regulación de los niveles de litigación como política pública<sup>234</sup>, contrastándolo con un Estado liberal modélico, que se mantiene más bien ajeno a dichos procesos, los que se desarrollarán en un ámbito más fácilmente identificable con la competencia entre intereses de particulares<sup>235</sup>. Con todo, utilizar esta dicotomía como herramienta de análisis científico, importa acercarse peligrosamente a la reincidencia en la simple distinción entre sistemas adversariales e inquisitivos y, precisamente por ello, no puede llevar a dejar de considerar que se trata ésta de una sinonímica a utilizar para construir modelos prototípicos ideales, no reales, que servirán fundamentalmente como instrumental de investigación<sup>236</sup> y cuya utilidad será funcional a su capacidad descriptiva de proyectos jurídico culturales particulares<sup>237</sup>, que se pone a prueba, finalmente, en la investigación empírica de los sistemas en referencia<sup>238</sup>.

Efectuada la advertencia que precede, sí resultará de utilidad, ahora, ahondar en la dicotomía imperante entre modelos jerárquicos de administración de justicia y modelos paritarios, distinción que, abarcando sistemas adversariales e inquisitivos, pero no agotándose en ellos, permite identificar de mejor manera los fundamentos jurídico culturales que impregnan los procesos de resolución de conflictos en el *civil* y en el *common law*<sup>239</sup> y que trasunta, en definitiva, en la

---

<sup>231</sup> TARUFFO (2007) p. 72.

<sup>232</sup> RAMOS (2008) p. 376.

<sup>233</sup> RAMOS (2008) p. 348.

<sup>234</sup> SHAVELL (1999) p. 99 - 100.

<sup>235</sup> DAMASKA (2000) p. 26.

<sup>236</sup> TARUFFO (2007) p. 74.

<sup>237</sup> TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>238</sup> En una muestra del uso que esta herramienta puede llegar a representar, en base a antecedentes de orden económico, se ha proclamado su utilidad para sondear una cantidad no menor de ordenamientos jurídicos occidentales de resolución de conflictos. Así en: RAMOS (2008) p. 352 y siguientes.

<sup>239</sup> DAMASKA (2000) p. 36.

forma en que las partes enfrentan al juez estatal, o a si mismas, en la resolución del conflicto jurídicamente relevante<sup>240</sup>.

**1.4.-** En el orden de ideas que se viene de anunciar, es dable y no infrecuente, de hecho, identificar el estatuto procesal civil angloamericano con el modelo paritario<sup>241</sup>, y, una vez adentrados en su institucionalidad, es posible avizorar en su interior una distribución de autoridad, también judicial, de una marcada horizontalidad, con una distribución del poder público en esta área, al menos, dividido en estratos más que en la estricta (y estrecha) estructura piramidal que impera en nuestro medio continental<sup>242</sup>, atribuible ésta última a una cultura eminentemente legalista que identifica la función de “decir derecho” con la implantación sin bemoles de la solución que el legislador estatal ha previsto para el caso concreto, adhesión acendrada a la norma, que debe observarse a todo trance, aún cuando amenace con frustrar la consecución de un objetivo deseable de paz social: *Fiat justitia, ruat caelum*<sup>243</sup>, que hoy en día parece justificarse sólo por haber, precisamente, dejado de lado el escrutinio científico, más que meramente anecdótico, del medio imperado por el *common law* que progresiva y exitosamente ha demostrado cómo el derecho sencillamente no se agota en la ley positiva<sup>244</sup>, echando bases sólidas en un derecho no estatal que, no por ello, pierde sus virtudes desde la perspectiva de la resolución del conflicto<sup>245</sup> sino que, muy por el contrario, identifica el derecho sustantivo con aquél que es efectivamente protegido por la acción<sup>246</sup>.

Contrastando, pues, con modelo centralizado jerárquico, característico del medio continental que observa las reglas sustantivas del *civil law*<sup>247</sup>, se presenta el así llamado “*Centauro judicial angloamericano*” pues basa su estructura en una institucionalidad parcialmente profesionalizada, con no desdeñables componentes

---

<sup>240</sup> CHASE (2005) p. 95.

<sup>241</sup> Con referencia a la teoría de las “funciones jurídicas” de la obra de Kart Llewellyn: TWINING (1993) p. 385.

<sup>242</sup> DAMASKA (2000) p. 48.

<sup>243</sup> DAMASKA (2007) p. 42.

<sup>244</sup> “De él (de la ley codificada) se espera que provea al ciudadano de un manual legible al cual siempre sea posible acudir, y del juez, una guía preciosa para establecer, a través de la disposición de los principios y la clasificación de las reglas, la intención legisladora. De hecho, solamente la ley es del derecho; los jueces no son más que sus portavoces (...) Esta desaparición del juez (...) contrasta con el *common law*, en el que la jurisprudencia es la principal fuente de derecho. El derecho inglés ha sido profundamente marcado por la ausencia, durante su período de formación, de poder legislativo real en el seno del Parlamento y por el poderío de las cortes reales de justicia. El *common law* designa el conjunto de estas reglas susceptibles de ser subsumidas a partir de decisiones particulares”. Así en GARAPON ET AL (2006) p. 35.

<sup>245</sup> TWINING (1993) p. 386.

<sup>246</sup> GARAPON ET AL (2006) p. 45.

<sup>247</sup> TWINING (1993) p. 391.

legos (que tienden a desaparecer, es cierto, en el modelo inglés<sup>248</sup>, particularmente tras las reformas emprendidas tras el informe Wolf de 1998), modelo que si bien ha de aceptar dosis importantes de lo que un espectador continental calificaría como “desorden judicial” en la distribución de la toma de decisiones<sup>249</sup>, salvo en lo que toca al rol asignado a la Corte Suprema federal que reserva para sí una autoridad investida por los propios “Padres Fundadores” de la Nación<sup>250</sup>, equiparable con las instituciones esenciales del Estado, desde sus orígenes más remotos<sup>251</sup>, enraíza este modelo, decimos, profundamente en la cultura del *common law* y permite explicar de manera sólida un número importante de los rasgos que caracterizan sus instituciones, como el retardo evolutivo en la introducción de la burocracia judicial, los modelos recursivos horizontales, la apertura del juzgamiento a la comunidad (no necesariamente identificado con el sistema de jurados) y la lejanía, en definitiva, de los tribunales especializados en el medio angloamericano, que no termina de recelar de la concentración jerárquica de la autoridad judicial<sup>252</sup> e incluso de la forma de concebir el estatuto legislativo<sup>253</sup>, el que explicará además, en una medida nada desdeñable, por una parte, tanto la defensa a ultranza del adversarial en todos sus extremos<sup>254</sup> como, por otra, el auge de los SARC ya descrito por demás en páginas precedentes<sup>255</sup> e incluso la selectividad de casos que llegan a ser conocidos por la autoridad máxima del aparato judicial del Estado Federal cuya potestad radica, precisamente, en el ejercicio soberano e incuestionado de dicha discrecionalidad<sup>256</sup>.

Es aquí donde inserta, de mejor manera, la caracterización del modelo judicial horizontal (por contraste al vertical jerárquico) angloamericano asociado además, en los Estados Unidos, a la estructuración federal del Estado<sup>257</sup>. Se trata éste de un esquema en el que “*nadie baja ni sube la escalera*”<sup>258</sup>, pues sus integrantes, incluso hasta los elevados niveles de la Corte Suprema, son servidores civiles que tan pronto sirven un estrado judicial, como un puesto en la legislatura, en la administración federal o, con notoria preponderancia, en la academia, con la relevante salvedad de los jueces federales de distrito y circuito<sup>259</sup> que gozan de una inamovilidad similar a la del juez estatal continental, bien que no siempre (ni

---

<sup>248</sup> ANDREWS (2013) p. 3.

<sup>249</sup> GARAPON ET AL (2006) p. 47.

<sup>250</sup> HAMILTON ET AL (1982) p. 343.

<sup>251</sup> MURPHY (1973) p. 12.

<sup>252</sup> GROSS (1987) p. 745.

<sup>253</sup> GARAPON ET AL (2006) p. 37.

<sup>254</sup> TARUFFO (2008) p. 51.

<sup>255</sup> DAMASKA (2000) p. 81.

<sup>256</sup> MURPHY (1973) p. 19.

<sup>257</sup> LANIEWSKI ET AL (2012), p. 1.

<sup>258</sup> DAMASKA (2000) p. 50.

<sup>259</sup> LANIEWSKI ET AL (2012), p. 7.

habitualmente) desempeñada en toda su extensión<sup>260</sup>. Es por ello, también, que las empresas procesales privadas, representada en la amplísima oferta de los más diversos SARC disponible en ese medio (que deben batallar arduamente para encontrar su inserción en los modelos continentales jerárquicos por representar casi una contradicción de términos<sup>261</sup>), encuentran campo fértil en el medio anglosajón, en busca de una especialización que la justicia estatal, la mayor parte de las veces, no provee<sup>262</sup>, experiencia singular y típica que no siempre es considerada como una debilidad, sino más bien como una posibilidad de facilitar los procesos de convergencia (sujetos, eso sí, a fundados cuestionamientos<sup>263</sup>), en que se deja el proceso de determinación de los hechos en manos de un juez profesional pero la adjudicación final, como facultad de un sistema de jurados<sup>264</sup>, bien que se proponga como una forma de poner coto a los excesos del sistema adversarial<sup>265</sup> que, inicialmente, suplía en buena medida la falencia indicada<sup>266</sup>.

**1.5.-** Tal y como se viene sosteniendo, la distribución de las potestades al interior del proceso de resolución de conflictos (y el establecimiento de hechos dentro del mismo<sup>267</sup>) permite perfilar no sólo los rasgos esenciales y las bases culturales de los diversos sistemas de enjuiciamiento, sino que incluso delatan las bases políticas del Estado al cual pertenecen<sup>268</sup> y, en agudo contraste con la repartición paritaria horizontal de las potestades jurisdiccionales que se vienen de describir como propia del ideal angloamericano, se presenta la rara vez cuestionada convicción jerárquica de exclusividad oficial que impera en el medio continental en general y en el nacional en particular, en que el poder persuasivo de una diligencia cualquiera radica, principalmente, en el hecho de haberse desarrollado ante un funcionario estatal judicial<sup>269</sup>, aún cuando ese funcionario no llegue a decidir nada y, en definitiva, no aporte nada tampoco a la solución real del conflicto, revelando que nuestras sociedades tienen una poderosa necesidad de la legalidad oficial<sup>270</sup>, que sí permite explicar de mejor manera los rasgos de la estricta configuración piramidal del sistema de resolución de conflictos en que la autoridad del

---

<sup>260</sup> De hecho, aún la promoción al interior del aparato de justicia federal responde a criterios políticos (designación presidencial y ratificación senatorial), no pocas veces cuestionados por posponer la meritocracia como herramienta primordial de selección: HAZARD ET AL (2006) pp. 77, 84.

<sup>261</sup> CHASE (2005) p. 101.

<sup>262</sup> MULLERAT (2002) p. 53.

<sup>263</sup> GROSS (1987) p. 736.

<sup>264</sup> LANGBEIN (1985) p. 865-866.

<sup>265</sup> SUMMERS (2011) p. 25.

<sup>266</sup> MULLERAT (2002) p. 53.

<sup>267</sup> RAMOS (2008) p. 350.

<sup>268</sup> MONTERO (2009) p. 224.

<sup>269</sup> DAMASKA (2010), p. 98.

<sup>270</sup> BERIZONCE (2016) p. 27.

precedente judicial, que nos parece tan ajena a nuestro medio, se ve, en realidad, sustituida de manera aún más rígida por el estrecho control que el superior jerárquico ejerce en sistemas recursivos que sólo la estructuración vertical explica<sup>271</sup> y que al operador del medio anglosajón, habituado a proponer el “control de calidad” del material puesto a disposición del juzgador antes del juicio, mediante mociones para reconsiderar en la propia sede del grado que incluso configuran una de las características más distintivas e irrenunciables del sistema<sup>272</sup>, le parecen por completo ajenos a los objetivos de la revisión<sup>273</sup> que, ciertamente, es más acotada en toda su expresión jerárquica<sup>274</sup>, simbolizada por el ya señalado sistema de selección de casos entronizado desde sus orígenes en el máximo tribunal federal<sup>275</sup> e inexpugnable, en ese medio, a cuestionamientos de constitucionalidad por ser la Corte Suprema, precisamente, y por definición, el interprete auténtico y último de la Constitución en conflicto con la ley federal o estatal<sup>276</sup>.

Se avanza, pues, sobre bases sólidas cuando el ejercicio comparatístico que se viene anunciando, permite contrastar ideales paritarios con modelos jerárquicos en los que incluso la autoridad estatal ha sido descrita como aquella que vino a ocupar el vacío que dejó la Iglesia Católica<sup>277</sup>, máxime si se considera que esta dicotomía no puede ni debe identificarse con estatutos inquisitivos o adversariales<sup>278</sup>, pues ello explica de mejor forma la hibridación de los modelos reformados en unos y otros ordenamientos que, por cierto, comparten de manera creciente ciertos rasgos que los acercan, fundamentalmente ligados a la estructura adversarial del procedimiento, al punto que ello ya no representa una sorpresa ni para la comparatística de tradicional continental<sup>279</sup> ni para aquella que responde a una herencia angloamericana<sup>280</sup>, desmitificando de paso divergencias “*sustancialmente inabarcables*”, como ocurre con la que enfrenta a la oralidad con la escrituración, privada hoy en día de toda relevancia científico descriptiva<sup>281</sup>.

---

<sup>271</sup> DAMASKA (2000) p. 104.

<sup>272</sup> GROSS (1987) p. 735.

<sup>273</sup> DAMASKA (2000) p. 104.

<sup>274</sup> RESNIK (1986) p. 556.

<sup>275</sup> MURPHY (1973) p. 19.

<sup>276</sup> HAMILTON ET AL (1982) p. 344.

<sup>277</sup> GARAPON ET AL (2006) p. 49.

<sup>278</sup> DAMASKA (2000) p. 122.

<sup>279</sup> RAMOS (2008) p. 356.

<sup>280</sup> LANGBEIN (1985) p. 824. Con asiento en autores continentales y del *common law* llama este autor, de hecho, a dejar de lado el concepto de “no adversarial” como credencial de identificación de los procesos continentales, haciendo sólo salvedad de la paradójica radicación de potestades probatorias en el juez continental de competencia civil, del todo extraña, por cierto, a la herencia angloamericana.

<sup>281</sup> TARUFFO (2007) p. 75.

Es veraz que resulta posible, además, identificar modelos de resolución de conflictos, siempre desde la óptica de la manera en que insertan (o no) los órganos encargados de ofrecer éstos en el aparato estatal y cuanta ingerencia se le permitirá al Estado en aquellos<sup>282</sup>, con un Estado reactivo o activista, en la medida que se incremente el influjo de lo público, desde la concepción del derecho como elemento de apoyo y encauzamiento de la reglamentación autónoma que los propios miembros de la sociedad civil estructuren de manera más o menos local (como ocurre, precisamente en el estado federal) hasta el proceso independizado de la resolución de disputas entre privados, concebido como un verdadero vector de un programa estatal<sup>283</sup>, en que el auténtico objetivo procesal busca la aplicación contingente de la norma jurídica<sup>284</sup>, en una dialéctica en que no queda espacio para neutralidad alguna<sup>285</sup>.

Pero lo cierto es que este contraste no puede llevar a perder de vista el hecho que los modelos prototípicos derechamente no existen, y deben ser contruidos, en realidad, por necesidad del comparatista<sup>286</sup> quien, por lo demás, rehúsa recurrir a modelos que no se liberen de meras contraposiciones tradicionales que, en realidad, no logran transmitir algún conocimiento valioso para su análisis científico<sup>287</sup>, especialmente en medios sometidos a reformas de la profundidad y envergadura de la nuestra, en que se diseña un modelo con dosis importantes de hibridación, originado a partir de un Estado administrador de justicia fundamentalmente reactivo que pretende dejar de ser tal, para dar lugar a un modelo activista inquisitivo, conjugadas con el uso de modelos de proceso neta y verídicamente adversariales<sup>288</sup>, paradoja que se explica pues, en realidad, las partes enfrentan la instrumentalización de parte del Estado, en desarrollo de políticas activistas que tampoco renuncian de entregar al Juez poderosas herramientas oficiosas<sup>289</sup>. Se tratará, pues, de poner en marcha un proceso que apunte a la armonización de concepciones pragmáticas y reactivas del proceso con las que tradicionalmente imperan en nuestro medio, principal (pero no exclusivamente) abstractas y sistemáticas<sup>290</sup>.

En definitiva, parece ser tiempo de afirmar que: *“...ya no (cabem) rígidas contraposiciones dogmáticas y de contrastes de principio (s), no es (tampoco) el tiempo de insistir sobre aquellas contraposiciones o sobre aquellos contrastes,*

---

<sup>282</sup> DAMASKA (2000) p. 23.

<sup>283</sup> DE LA OLIVA (2012) p. 258.

<sup>284</sup> PALAVECINO (2011) p. 25.

<sup>285</sup> DAMASKA (2000) p. 151.

<sup>286</sup> TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>287</sup> TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>288</sup> DAMASKA (2000) p. 163.

<sup>289</sup> BERIZONCE (2016) p. 13.

<sup>290</sup> GARAPON ET AL (2016) p. 45.

*porque han emergido otros problemas en el campo de la justicia civil, y muchos legisladores han asumido orientaciones más pragmáticas y menos ideológicamente orientadas*<sup>291</sup>, constatación ésta que, por cierto, se parece mucho a la manera como hemos venido entendiendo el desarrollo del estatuto angloamericano de resolución de diferendos civiles.

## **2.- La caracterización del policromático modelo angloamericano de resolución de litigios civiles en tiempos de hibridación de sistemas.**

### **2.1.- Falsos cognados y lugares comunes.**

En los apartados precedentes, se analizaron los fundados reparos que se formulan desde tribunas tanto continentales como angloamericanas, a algunos aspectos del proceso civil de resolución del conflicto que tradicionalmente se suelen tener, sin mayor reflexión, es cierto, como característicos, propios del modelo angloamericano, como ocurre con la dicotomía escrituración – oralidad, o adversarial – inquisitivo, cuestionamientos que llegan, como se dijo, al extremo de desestimárseles por su manifiesta inutilidad científica<sup>292</sup>. En paralelo, se ha avanzado sobre algunas líneas de razonamiento dogmático sobre las que se estima corresponden a las verdaderas bases estructurantes de la conformación del estatuto previamente dicho.

Resulta necesario, por consiguiente, en el mismo orden de ideas ya descrito, relevar con mayor profundidad y detalle aquellos elementos distintivos que, con un apoyo dogmático de mayor entidad, sean funcionales al proceso de caracterización del modelo angloamericano de resolución de diferendos civiles, a partir de los cuales sea posible enfrentar el desafío que se anunciaba al iniciar el presente capítulo, esto es, contrastarlos con el modelo de corte continental que nuestra reforma procesal civil diseña y determinar si las diferencias son, efectivamente, de una entidad tales que obstan a un proceso de convergencia, concretamente enfocada a aquellos instrumentos o herramientas que resulten funcionales a los fines de aquella.

El análisis de contraste que se viene anunciando se puede edificar a partir de ciertos constitutivos básicos o elementales del modelo, como ocurría por ejemplo, con la dicotomía paritario - jerárquico, sin olvidar eso sí que, tal y como se explicó, lo cierto es que todo modelo procesal es un prototipo ideal, cuya bondad depende, precisamente, de su capacidad descriptiva<sup>293</sup>. De esta forma, puede atenderse a la caracterización de un determinado diseño, por ejemplo, a partir de sus procesos de conocimiento o cautelares, de organización judicial o, en modelos probatorios,

---

<sup>291</sup> TARUFFO (2007) p. 77.

<sup>292</sup> Por todos, TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>293</sup> TARUFFO (2007) p. 72.

de especial importancia este último atendiendo las profundas modificaciones conceptuales, de base, que en este ámbito se han introducido en nuestros ordenamientos a partir de los procesos de reforma en curso<sup>294</sup>.

Otro tanto puede predicarse, por demás, en torno a los ideales adversarial e inquisitivo, pero no ya como una dialéctica entre dos modelos extremos, opuestos en base dogmática y operativa, sino que sólo como una sola línea continua vinculada, precisamente, con las estructuras procesales destinadas a establecer los hechos controvertidos, esto es, a partir de nociones de gradualidad escalonada, en que los ingredientes de cada modelo (oficialidad o aportación de parte, facultades probatorias del juez estatal, aportación de prueba de parte, rol de los expertos y peritos) se van agregando uno a uno para conformar un paradigma más o menos cercano al ideal adversarial puro o inquisitivo, que parece experimentar un notorio resurgimiento de la mano de nuevas concepciones sobre el rol del juez<sup>295</sup>. Componentes evolutivos y epistémicos aconsejan, precisamente, seguir esta línea de razonamiento<sup>296</sup>, ello con la finalidad de salvaguardar la potencialidad descriptiva y comparativa de este género de caracterización procesal<sup>297</sup>, en la medida que los ya anunciados procesos de convergencia, alentados por la serie de reformas hoy en curso en los países de tradición tanto continental como angloamericana, lo permitan<sup>298</sup>, consideración ésta de particular importancia pues: *“En el campo del derecho comparado, hoy en día ya no está en boga tomar como punto de partida las llamadas ‘familias legales’ y que se ha vuelto común cuestionarse incluso la distinción entre las tradiciones del civil y del common law”*<sup>299</sup>.

**2.1.1.-** El análisis pormenorizado que se propone, pasa pues por considerar en su justa (y amplia) medida y extensión que resulta no sólo posible sino que además deseable y científicamente valorable sostener, en base a la serie de elementos dogmáticos ya enunciados, la existencia de una relación verdaderamente simbiótica entre modelo procesal de convicción y cultura jurídica<sup>300</sup>, de una envergadura tan prevalente, profunda y permanente, que justificará su uso como una herramienta de análisis de uso privilegiado, preferente, incluso para estimar su relativa prevalencia<sup>301</sup>, infinitamente más fértil y compleja que el recurrente ejercicio de centrar la mirada en herramientas de escaso alcance o incluso en técnicas locales de tramitación, que condenan al ya mencionado fenómeno

---

<sup>294</sup> TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>295</sup> PALAVECINO (2011) p. 26.

<sup>296</sup> RAMOS (2008) p. 348.

<sup>297</sup> KERN (2013) p. 328.

<sup>298</sup> STÜRNER y KERN (2013) p. 348.

<sup>299</sup> VAN RHEE (2005) p. 18.

<sup>300</sup> DUCE, MARIN ET AL (2008) p. 42.

<sup>301</sup> VAN RHEE (2005) p. 17.

identificable con el “microcomparatismo” procesal, rápidamente descartable por los usos del foro y que, tarde o temprano, terminan por revelar que no portan un valor científico inmanente, verdaderamente apreciable<sup>302</sup>.

En suma: sólo la caracterización del ordenamiento a utilizar como modelo comparado mediante un análisis que utilice para el contraste constitutivos verdaderamente esenciales y permanentes, en línea con los procesos comparatísticos obligadamente emprendidos en otras latitudes<sup>303</sup>, permite, en definitiva, identificar los rasgos esenciales de unos y otros y, en definitiva, concluir de si se levantan en definitiva vallas jurídico - culturales difíciles de franquear<sup>304</sup>, o si bien se trata de diferencias perfectamente salvables que puede revertir, incluso, en fértiles canales de comunicación entre ordenamientos por no decir relación más que con cuestiones meramente instrumentales que pueden ser resueltas, sin mayor cuestión, de una forma u otra<sup>305</sup>.

**2.1.2.-** Hemos sostenido que daremos preeminencia, como herramienta de comparación y estructurante del aparato de resolución de conflictos, a las instituciones que los ordenamientos comparados angloamericanos construyen y desarrollan con la finalidad de establecer los hechos disputados ante el diferendo jurídicamente relevante o, más brevemente, las entidades probatorias. Utilizaremos esta selección de entidades para obtener a través de ellas los objetivos que venimos trazando, no sólo por el especial valor descriptivo que ellas portan<sup>306 307</sup>, sino que además por resultar las mismas profundamente incidentes en nuestros procesos de reforma<sup>308</sup>, como punto central de atención tanto de la dogmática como de los operadores<sup>309</sup> e incluso un punto de conexión cultural entre sistemas<sup>310</sup>.

Resuelto que ha sido el punto anterior, esto es, que la herramienta probatoria y las entidades de establecimiento de hechos resultan de particular utilidad para caracterizar los rasgos distintivos del ordenamiento angloamericano<sup>311</sup> para su posterior contraste, corresponderá delimitar aquél ámbito en el que, en ese contexto, radica la caracterización de dicho sistema de convicción y, luego, de enjuiciamiento, rol en el que es posible identificar ciertos pilares esenciales

---

<sup>302</sup> TARUFFO (2007) p. 73.

<sup>303</sup> VAN RHEE (2005) p. 16.

<sup>304</sup> Típicamente el juzgamiento por jurados: GROSS (1987) p. 736.

<sup>305</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 379.

<sup>306</sup> MONTERO (2014) p. 33.

<sup>307</sup> CHASE (2005) p. 59.

<sup>308</sup> Por todos: NIEVA (2010) p. 30.

<sup>309</sup> PALOMO (2006) p. 460.

<sup>310</sup> CHASE (2005) p. 66.

<sup>311</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 378.

difíciles de soslayar, a saber: la organización del tribunal, comprensiva del jurado y del juez de limitada participación en el curso del debate<sup>312</sup>, la concentración temporal del proceso de convicción y el rol esencial que en dicho proceso juegan las defensas, característico, singular y propio, por demás, de un proceso contradictorio adversarial decantado, en su actual fórmula, por casi noventa años<sup>313</sup>, proceso que ha experimentado y sigue presentando, desde luego, un número no menor de bemoles y contradicciones<sup>314</sup> que es preciso escrutar con detención.

Al interior de estos sostenes fundamentales, y en estrecha vinculación con la preservación de la pureza, transparencia y equidad del “*adversary*”, al cual se le atribuye, quizás con una habitualidad y énfasis irreflexivos, un valor implícito portador, casi en exclusiva, de los valores del debate partisano por el sólo hecho de serlo<sup>315</sup>, se identifican herramientas propias, características de los sistemas angloamericanos, vinculados en buena medida con el sistema de juicio por jurados en el ámbito civil (punto de divergencia, por demás, entre los modelos estadounidense e inglés<sup>316</sup>), con las instancias de *discovery* antejudicial, con la pasividad judicial y con el poder discrecional de las partes sobre la producción de la prueba, particularmente la experta<sup>317</sup>.

Los elementos que se vienen de enunciar se encuentran, todos ellos, reunidos, como bases fundamentales (algunas fuertemente cuestionados, eso sí), bajo la categoría de entidades o nociones válidas en su rol de caracterización del sistema a la vez que es posible sostener que todos ellos se encuentran indudablemente, estrechamente engarzados con los procesos de formación de la convicción judicial, mismos que señaladamente han evolucionado, cada vez más, hacia la asunción de nuevos roles, ya no necesariamente asociados con su incontrovertible funcionalidad como instrumentos necesarios para la determinación de hechos en controversia, sino que esta vez, como herramienta fundamental, puesta a disposición de los intervinientes para lograr una evaluación temprana de la viabilidad de sus propias propuestas y las de sus contrapartes, facilitando con ello la búsqueda de soluciones alternativas o bien, el acceso a la instancia estatal de resolución del conflicto<sup>318</sup>, alterando con ello la propia arquitectura del proceso de resolución de conflictos civiles.

---

<sup>312</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 93.

<sup>313</sup> DAMASKA (2007) p. 73.

<sup>314</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 379.

<sup>315</sup> TARUFFO (2008) p. 51.

<sup>316</sup> ANDREWS (2013) p. 29.

<sup>317</sup> CHASE (2005) p. 85.

<sup>318</sup> BERIZONCE (2016) p. 34.

En otras palabras; entidades, herramientas e instancias nacidas y desarrolladas bajo el alero de las necesidades impuestas por el proceso judicial de formación de convicción o epistémico, han revelado una valiosa funcionalidad exorbitante al propio proceso, incluso anterior al mismo, que presta además marcada utilidad en la caracterización del modelo<sup>319</sup> lo que no debería resultar sorprendente, si se considera que, con autoridad, se describe que en el *common law* el derecho (y por tanto, el proceso) es incluso anterior al aparato gubernativo del Estado<sup>320</sup>.

Las consecuencias de lo que se viene poniendo en realce, resultan insospechadas y de profunda vinculación con el objeto de estudio anunciado. Desde luego, éstas conducirán a concluir que los SARC, cuyo uso intensivo caracteriza el modelo angloamericano, no pueden ser concebidos, ni analizados, ni valorados, como entidades autónomas portadoras de valores inmanentes, ajenos o exorbitantes a las que radican en el fondo de la solución del conflicto en sede estatal heterónoma<sup>321 322</sup>, pues a la luz del *common law*, el acuerdo negociado yace en la médula misma del litigio<sup>323</sup>.

De hecho, ni siquiera resulta posible emplear la ya anunciada, manifiesta e indiscutida preponderancia de aquellos, como habitualmente se hace, a guisa de elemento caracterizador exclusivo o independiendo, del juzgamiento civil angloamericano, pues su uso intensivo resulta ser más bien una consecuencia, política si se quiere, del estado de cosas en determinado momento de la evolución del aparato judicial<sup>324</sup>, en que el cuestionamiento de la fase del establecimiento de hechos controvertidos en el juzgamiento estatal heterónimo y, con ello, del estándar de la justicia que el aparato estatal ofrecía<sup>325</sup>, alcanzó niveles críticos, tanto es así, que resulta posible incluso señalar con toda precisión el momento histórico que marca el comienzo de su auge. Éste hito se ubica en las celebérrimas conferencias desarrolladas en 1976 en homenaje al trabajo de Roscoe Pound (sugestivamente llamadas “*Las Causas de la Insatisfacción Popular con el Aparato Judicial*”) y la producción dogmática que se tomó el medio en la estela del mismo, que motivó a la propia jurisdicción a promover los SARC como la solución “oficial” al conflicto<sup>326</sup>.

En definitiva, lo cierto es que la vinculación entre prueba o convicción judicial, en un sentido amplio y explosión en el uso de los SARC es tan estrecha y a su vez,

---

<sup>319</sup> VIAL (2006) p. 711.

<sup>320</sup> GARAPON ET AL (2006) p. 23.

<sup>321</sup> ANDREWS (2012) p. 254.

<sup>322</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 7.

<sup>323</sup> GARAPON ET AL (2016) p. 51.

<sup>324</sup> BERIZONCE (2016) p. 18.

<sup>325</sup> TWINING (1993) p. 380.

<sup>326</sup> CHASE (2005) p. 144.

tan fértil en las justificaciones estructurales que perfilan el modelo angloamericano de juzgamiento<sup>327</sup>, que no se explica este último fenómeno sin la consideración del desarrollo de aquella, de manera que el análisis científico resultará inevitablemente coartado si se deja de lado la consideración, en su debida (y profunda) medida, de la incidencia directa que se viene de señalar<sup>328</sup>, esto es, si se pretendiese entender el fenómeno SARC como si se hubiese originado, en los Estados Unidos al menos y en el Reino Unido también, en una suerte de “Big Bang” jurídico previo al cual nada hubiese existido.

**2.1.3.-** No resulta correcto, tampoco, sostener que los pilares esenciales del ordenamiento jurídico angloamericano en estudio se diferencian del medio continental por consideraciones adjudicables a la densidad normativa, como si ésta fuese diversa en el medio del *common law* debido a la observancia de la regla del precedente judicial, incluso considerando que en éste impera lo que, desde la óptica continental, parecería ser una mera discrecionalidad judicial a la hora de adoptar decisiones en el litigio<sup>329</sup>.

La caracterización del medio angloamericano como uno de densidad normativa distinta cuantitativamente, en realidad, no pasa de ser una percepción más bien liviana, atribuible únicamente a la omisión, en el recuento, de las numerosas reglas positivas basadas sólo remotamente en el precedente<sup>330</sup> que, por lo demás, conforman una fuente más que consulta la convicción judicial<sup>331</sup> y que en el Reino Unido, por ejemplo, ha perdido relevancia frente a la fuente positiva<sup>332</sup>.

En los Estados Unidos, a su turno, ya flexibilizada la regla del precedente por herramientas como el *overruling & distinguishing* que permiten al juez apartarse del mandato de aquella<sup>333</sup>, se experimentó una debilitación notoria de su carácter de derecho consuetudinario, frente a la masificación de las normas positivizadas en *restatements* y *codes* federales<sup>334</sup> que nada tienen que envidiarle, ni en extensión ni en densidad, al derecho continental codificado<sup>335</sup>. Finalmente, se llegó en los Estados Unidos a dar preponderancia, por tanto, al derecho escrito positivizado que, en buena medida, recoge la evolución del derecho judicial o del

---

<sup>327</sup> GROSS y SYVERUD (1996) p. 4.

<sup>328</sup> CHASE (2005) p. 154.

<sup>329</sup> CHASE (2005) p. 109.

<sup>330</sup> DAMASKA (1997) p. 9.

<sup>331</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 385.

<sup>332</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 386.

<sup>333</sup> TARUFFO (2008) p. 130.

<sup>334</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 393.

<sup>335</sup> Considérese, por ejemplo, el *Code of Laws of the United States of America*, que junto con recopilar la ley federal vigente por áreas, incorpora la interpretación judicial posterior y cuenta con 53 áreas temáticas, cada una de ellas compuesta por varios volúmenes vinculados al área de que se trate: MEADOR (1995) p. 5.

precedente<sup>336</sup>, de manera que resulta necesario dar una significación distinta al concepto de legislación o, cuando muy menos, en torno al contenido del mismo<sup>337</sup>.

En este escenario, de legislación positivizada, resulta en extremo relevante resaltar que los cuerpos normativos que conforman el estatuto procesal en los Estados Unidos vienen siendo promulgados, por décadas, por el propio Poder Judicial y, en concreto, por la Corte Suprema Federal, autorizada para ello por la *Rules Enabling Act* de 1934, reservando el Congreso para sí un poder de veto escasamente utilizado<sup>338</sup>. Bajo el alero de esta potestad delegada se dictaron, de hecho, las *Federal Rules of Civil Procedure*, adoptadas más tarde por buena parte de las legislaturas estatales como ley codificada. Esta tendencia dominante fue revertida sólo parcialmente con la asunción de nuevos roles en esta materia por parte del Senado Federal mediante la dictación de la *Civil Justice Reform Act* de comienzos de los años 90 del siglo pasado<sup>339</sup>, enérgicamente cuestionada por la propia instancia judicial<sup>340</sup>. Esta potestad tuvo un efecto directo en el sentido que adquirió el estatuto procesal civil federal estadounidense, como se verá más adelante.

Por otra parte, cabe considerar que si dentro del recuento numérico, en el medio continental, se sumaran, también, las reglas directamente originadas en el precedente, el resultado sería sensiblemente similar, ello por cuanto no es completamente cierto, tampoco, que en el medio continental la regla del precedente carezca absolutamente de fuerza normativa, más allá incluso de las importantes reformas legales que lo han consagrado expresamente en el último tiempo<sup>341</sup>, pues una vez que una línea jurisprudencial se ha consolidado, el tribunal inferior que se aparta de ella se ve sujeto, muchas veces, a una verdadera sanción, materializada en la revocación de lo resuelto en base a la doctrina ya asentada<sup>342</sup>, rigidez ésta ausente en el sistema estadounidense del precedente, pues el juez de la instancia sí se encuentra autorizado a modificar el *stare decisis* o regla del precedente en caso de comprobarse circunstancias particulares que así lo ameriten<sup>343</sup>. Resulta verdaderamente irrelevante, por lo tanto, que la dogmática local prive de valor a la regla del precedente como fuente formal del

---

<sup>336</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 392.

<sup>337</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 393.

<sup>338</sup> CHASE (2005) p. 168.

<sup>339</sup> CHASE (2005) p. 169, en una referencia que apunta al escaso alcance que tuvo esta reforma a pesar de los amplios objetivos planteados en un comienzo.

<sup>340</sup> CHASE (2005) p. 172.

<sup>341</sup> De los que la introducción del recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral y de resolución de la casación en el fondo por el pleno de la Corte Suprema, en materia civil, son ejemplos paradigmáticos.

<sup>342</sup> DAMASKA (1997) p. 10.

<sup>343</sup> MEADOR (1995) p. 4.

derecho<sup>344</sup> de manera que, como se anunció, son otros los elementos que debemos atender para alcanzar el objetivo caracterizador perseguido debiendo tomar debida nota, otra vez, que son cada vez más difusas las fronteras que parecen separar los diversos ordenamientos que son, como no, en buena parte, herederos de una tradición jurídica común en los ordenamientos occidentales<sup>345</sup>.

## 2.2.- El juicio por jurados.

2.2.1.- A diferencia de la que se viene de mencionar, una herramienta que sí inviste una interesante y profunda potencialidad como elemento caracterizador del ordenamiento del *common law* estadounidense, hoy abandonada en el estatuto británico, es aquella que vincula con en el juicio por jurados, o bien, con el establecimiento de los hechos controvertidos por integrantes legos del tribunal como modelo de convicción<sup>346</sup>, tanto por constituir éste un derecho constitucionalmente garantido por la séptima enmienda<sup>347</sup>, como por existir una verdadera inclinación institucional por su constitución y desarrollo<sup>348</sup> enraizada en los más remotos orígenes del estatuto judicial de los Estados Unidos de Norteamérica como República<sup>349</sup>. Esta institucionalidad, que se identifica incluso con los fundamentos de participación política libertaria clásica que imperan en los Estados Unidos<sup>350</sup>, se edifica y desarrolla en torno a la idea social de participación popular tanto en la impartición de justicia como de resolución horizontal, entre pares, del conflicto jurídico<sup>351</sup>, que enraíza tan profundamente en la estructura política que subyace al sistema. De hecho, tan pronto la institución vio debilitada

---

<sup>344</sup> DAMASKA (1997) p. 11.

<sup>345</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 379.

<sup>346</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 34.

<sup>347</sup> *"En los juicios de derecho consuetudinario en que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, el derecho a juicio ante un jurado será garantizado, y ningún hecho que haya conocido un jurado será reexaminado en Corte alguna de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del derecho consuetudinario"*. Esta norma explica que los tribunales federales sean juzgados orientados, en principio, al desarrollo del juicio por jurados.

<sup>348</sup> DAMASKA (1997) p. 28.

<sup>349</sup> HAMILTON ET AL (1982) p. 354. Bajo el título LXXXIII de la obra, Hamilton se explaya en torno a la justificación de la consagración constitucional del jurado como mecanismo de convicción en el juicio penal y explica, a la vez, que el sólo hecho que no exista similar estipulación en relación con los juicios civiles, no implica ni con mucho, por una parte, que dicha estructura quede abolida a su respecto ni que ello reste autoridad a la institución como tal, por otra.

<sup>350</sup> *"Por mi parte, cuanto más cuidadosamente he observado los efectos de esta institución, mayores razones he encontrado para estimarla en sumo grado; y sería superfluo examinar hasta qué punto merece se la considere útil o esencial en una república representativa o cuánto más necesaria es como defensa contra las opresiones de un monarca hereditario, que como barrera contra la tiranía de los magistrados populares en un gobierno del mismo género (...) La bondad del juicio por jurados en los casos civiles, parece depender de circunstancias ajenas a la conservación de la libertad. El argumento más fuerte en su favor consiste en que protege contra la corrupción"*. HAMILTON ET AL (1982) p. 357-358.

<sup>351</sup> CHASE (2005) p. 23.

su expresión como manifestación política y se le caracterizó principalmente como una entidad funcional, de utilidad fundamentalmente procesal, su propia utilización forense comenzó a verse mermada<sup>352</sup>.

Nada de esto ocurría, en cambio, en los orígenes de la república estadounidense, en que imperaba una verdadera “convicción apasionada” por el juicio por jurados<sup>353</sup>, que jugaba un rol fundamental de control sobre la discrecionalidad judicial, sobre sus tendencias arbitrarias y permitía cimentar, además, la confianza popular en el derecho<sup>354</sup>.

No resulta extraño, por lo tanto, que, aun cuando en los juicios civiles, a diferencia de los juicios penales<sup>355</sup>, el establecimiento del juicio por jurados constituye una potestad investida en las legislaciones estatales, todas las constituciones de este nivel contemplan, efectivamente, esta estructura de decisión judicial, a lo menos a nivel de tribunales de competencia general, esto es, aquellos que conforman el segundo tramo de la jurisdicción estatal (*second tier*), ubicado entre los tribunales municipales o de jurisdicción restringida (tránsito, control de penas, justicia juvenil o vecinal) que tramitan sus asuntos con prescindencia de este elemento y las Cortes de Apelaciones estatales<sup>356</sup> que se convierten esencialmente, por lo mismo, en tribunales de derecho<sup>357</sup>.

---

<sup>352</sup> SUBRIN (1987), p. 929.

<sup>353</sup> En el otro extremo, parece ser que el cenit del juicio por jurados en los Estados Unidos, tras la revolución de 1776 y la implantación del catálogo de derechos de 1789, hay que buscarlo en la dictación de las normas del Código del Estado de Nueva York de 1848, más conocido como el Código “Field” por su principal impulsor, David Dudley Field. Dicho texto legal, preparado para enlazar en una sola sede jurisdiccional las cuestiones que, hasta la fecha, vinculaban con estatutos separados del *common law* y del *equity* (y, por lo mismo, ampliamente difundido entre los Estados de la Unión y adoptado por la gran mayoría de sus legislaciones), se caracterizó por una marcada inclinación hacia el juicio por jurados atendiendo principalmente motivaciones de orden ideológico liberal clásico: “*La ciencia del derecho es nuestra mejor garantía en contra de la prevaricación judicial. Si la decisión de una cuestión litigiosa dependiese de la voluntad de un juez, o de sus nociones de justicia, nuestra propiedad y nuestras vidas se encontrarían a merced de un criterio fluctuante, o a un capricho. La existencia de un sistema de reglas y la conformidad con ellas son condiciones esenciales de todo gobierno libertario y de la (autoridad de la) República sobre todos. La ley es nuestro único soberano. Nosotros mismos la hemos entronizado*”. Este estatuto fundacional se tuvo, por largo tiempo, como fuente de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, rol preponderante que sólo vino a ser cuestionado a partir de la década de los 80 del siglo XX. El incremento o disminución de las potestades conferidas al jurado, en definitiva, parecen ir de la mano con la predominancia del *equity* o del *common law* como regla de juzgamiento. Por todos: SUBRIN (1987), p. 932, 933.

<sup>354</sup> SUBRIN (1987), p. 928.

<sup>355</sup> En que el derecho al juicio ante un jurado constituye una garantía contemplada por la sexta enmienda: “*En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido...*”

<sup>356</sup> LANIEWSKI ET AL (2012), p. 4. La muestra de tribunales que contempla el trabajo en cita, abarca cinco estados con estructuras judiciales estatales sensiblemente disímiles, a saber, Georgia,

Es indudable que el juicio por jurados constituye, pues, una herramienta de gran utilidad a la hora de caracterizar los rasgos del juzgamiento civil angloamericano, que, tal y como se indicó reiteradamente, vincula íntimamente con el establecimiento de los hechos controvertidos en juicio<sup>358</sup>. Sólo la progresiva asunción de roles de autoridad por parte del estamento judicial estatal y federal fue el que explicó que se verificara paulatinamente un debilitamiento de la herramienta forense en estudio<sup>359</sup>, controvirtiendo primero la potestad del jurado de decidir cuestiones de derecho y centrando su función fundamental en torno a la prueba (como perdura hasta hoy) para en seguida, confinar esta tarea al interior de una serie de reglas procedimentales cada vez más pormenorizadas, transformando cuestiones de hecho en asuntos de derecho y privativas, por lo tanto, del juez para finalmente desautorizar los propios dictámenes del jurado que se estimaren como contrarios a derecho, desplazando al juzgador lego al lugar que terminó por ocupar en el medio estadounidense<sup>360</sup>. Hasta el día de hoy, sin embargo, se entiende que el juez estatal o federal ocupa, durante el desarrollo del litigio, un rol de participación de complejo emplazamiento, ello por cuanto habrá de armonizar su rol, con el que le cabe jugar al jurado<sup>361</sup>.

Es preciso, por tanto, desarrollar el análisis de esta institución con alguna profundidad y detención para evitar, nuevamente, incurrir en simples lugares comunes traducidos en la declamación de principios que, en realidad, no son tales y que tampoco aportan nada al análisis científico pretendido, pues si se leyera al

---

Hawaii, Minnesota, Pennsylvania y Texas. Sin embargo, en todos ellos los juicios por jurados se llevan a cabo en el nivel intermedio de la jurisdicción civil, esto es, en los tribunales de jurisdicción general, bien que muchas veces reciben denominaciones diversas o una jurisdicción más o menos especializada.

<sup>357</sup> LANIEWSKI ET AL (2012), p. 5.

<sup>358</sup> E incluso con los SARC: Uno de los más populares y extendidos, caracterizado como el juzgamiento sumario, consiste en la conformación de jurados reducidos, expertos o no, encargados de una evaluación neutral del caso que las partes habrán observar o no dependiendo, de los acuerdos adoptados antes de su desarrollo.

<sup>359</sup> Una herramienta típica de control de la judicatura por sobre los veredictos del jurado, se materializa en el así llamado “*Juicio non obstante veredicto*” o juicio n.o.v, hoy también llamado “*Judgement as a matter of law*”. En virtud de esta institución, el juez puede derechamente revertir el veredicto del jurado, bien a favor de una de las partes, bien ordenando un nuevo juicio, en el evento de estimar que el jurado no ha contado con una base fáctica suficiente para la cuestión debatida o que se ha quebrantado una norma positiva en la adopción de aquél. Esta institucionalidad, presente en las FRCP y en la práctica totalidad de las legislaciones estatales, debe ser invocada por la parte interesada y preparada, en la mayor parte de los estatutos, por el propio litigante mediante una moción previa a fin que el juez resuelva el asunto como una cuestión de derecho estricto (*judgment as a matter of law*) prescindiendo del veredicto del jurado en torno a los hechos. Un análisis acabado del concepto procesal y de fuentes dogmáticas en: <https://legaldictionary.thefreedictionary.com/Judgment+Notwithstanding+the+Verdict> (visitado el 15.apr.2018).

<sup>360</sup> SUBRIN (1987), pp. 929, 942.

<sup>361</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 87.

juicio por jurados como una entidad de aplicación indiscriminada y universal, portadora de un valor jurídico absoluto e intransable sin más, difícilmente se podrían entender fenómenos como la expansión de los SARC en los Estados Unidos, o el abandono de la institucionalidad en el marco del juzgamiento civil en el Reino Unido<sup>362</sup>, originando con ello artificiales nudos de contradicciones, difíciles de solventar<sup>363</sup>.

**2.2.2.-** Desde luego, viene al caso observar que se ha logrado constatar que ante el enorme y creciente cúmulo de información científica y técnica que progresivamente los litigantes ponen a disposición de los juzgadores, en realidad la brecha entre un jurado lego y un juez típicamente “generalista” parece difuminarse<sup>364</sup>. De hecho, las debilidades cognitivas que los jurados puedan revelar<sup>365</sup>, se contraponen con los beneficios que reporta la obligación que impone al litigante de centrar de manera ágil la cuestión litigiosa y de simplificar la teoría del caso con que se enfrentará la misma, en un relato más espontáneo del mismo y en términos más sencillos<sup>366</sup> pues el inabarcable cúmulo de información digitalizada existente hoy en día, pone a disposición de los usuarios cantidades inimaginables de datos, lo que explica que la cátedra post – moderna proponga la virtual imposibilidad de alcanzar la verdad objetiva y absoluta<sup>367</sup>, dando soporte además a la inveterada postura verifóbica - pragmática que el estamento adjetivo angloamericano soporta<sup>368</sup>.

Estos rasgos no alcanzan, por otra parte a describir las particularidades que presenta el derecho probatorio angloamericano una vez puesto en marcha<sup>369</sup> pues, o bien el jurado puede, por requerimiento propio o simple coincidencia (que, tras años de evolución ya no es siempre tal), contar con una composición de miembros técnicamente mejor instruidos que el juez o bien éste último, ubicado al interior de aquellos ordenamientos de tradición continental que normalmente ponen de su cargo dilucidar aspectos que requieran una especial formación científica o técnica, no pocas veces carecerá, en verdad, del conocimiento experto necesario para alcanzar el fondo de los hechos debatidos, quedando bajo la égida

---

<sup>362</sup> Que, en verdad, ya venía siendo preterida a lo menos veinte años antes de su abolición absoluta mediante las nuevas reglas de procedimiento civil de 1999: “*Ordenamiento jurídico y sistema judicial en el Reino Unido*” (1981), p. 25 – 27.

<sup>363</sup> DAMASKA (1997) p. 41.

<sup>364</sup> DAMASKA (1997) p. 33.

<sup>365</sup> Y que, de hecho, dio pie a que el movimiento realista de mediados de la década de los 30 del siglo pasado cuestionara el rol de la institución, justo antes de la dictación de las FRCP en 1938: SUBRIN (1987) p. 968.

<sup>366</sup> SUBRIN (2002) p. 319.

<sup>367</sup> SUBRIN (2002) p. 315.

<sup>368</sup> TWINING (1993) p. 380.

<sup>369</sup> DAMASKA (1997) p. 37.

del dictamen de expertos que, como es dable esperar de un medio imperado por el encuentro adversarial, presentarán conclusiones teñidas de parcialidad<sup>370</sup> que dejan al debate probatorio, muchas veces, en palabras del maestro Damaska, a la deriva, originando un fenómeno no extraño a nuestro propio derecho<sup>371</sup>, el que, consecuentemente, ha dado lugar a un profundo cuestionamiento del rol del Poder Judicial en materias técnica y científicamente complejas en el más amplio rango de materias, como pueden ser, por ejemplo, las ambientales, las tributarias, o las de justicia de menores<sup>372</sup>.

El reparo fundado en las debilidades que, eventualmente, presentaría en el establecimiento de los hechos controvertidos el juzgamiento por jurados, se ha ido revelando progresivamente y explicará, además, que sectores muy autorizados y frecuentemente citados de la dogmática angloamericana y continental<sup>373</sup>, expresen sin ambigüedades una confesa admiración frente al “moderno” enjuiciamiento continental del *civil law* alemán y austríaco, caracterizado como la expresión más eficiente y avanzada del proceso continental<sup>374</sup>, en que el juez sí cuenta con una formación profesional y con potestades para hacerlas patentes en el proceso<sup>375</sup>, sin perder el rasgo de adversarialidad del mismo<sup>376</sup>, poniéndolo a resguardo de las tentaciones partisanas que éste presenta y erigiendo a la autoridad judicial estatal como un buen investigador de los hechos<sup>377</sup> y, por lo mismo, prácticamente monopólico en esta función, lo que explica, además, la lentitud de la penetración de los SARC en dichos medios<sup>378</sup> a la que nos veremos en la obligación de referirnos al tocar el punto. Esta manifestación de emulación sin ambages, contradictoria con una institucionalidad ampliamente desarrollada en los Estados Unidos, como lo son los medios alternos en cita, ha sido frecuente y ácidamente criticada por responder, en criterio de sus críticos, a una suerte de mero “deslumbramiento” inicial que impide percibir graves debilidades imperantes en esa sede continental, identificadas con problemas de sobre demanda,

---

<sup>370</sup> BERGMAN (2014), p. 949-950.

<sup>371</sup> HUNTER (2011), p. 88.

<sup>372</sup> DUCE ET AL (2008), p. 15.

<sup>373</sup> PÉREZ ET AL (2006), p. 160.

<sup>374</sup> Y, además, claramente divergente del “otro” paradigma continental, identificado por los ordenamientos mediterráneos y aquellos que son tributarios de su herencia: con cita a Capeletti, LANGBEIN (1985), p. 824.

<sup>375</sup> RESNIK (1982), p. 386.

<sup>376</sup> LANGBEIN (1985) p. 835: Caracterizando al perito en el adversarial estadounidense, frente al germano, se le sindicó afecto a *“Incentivos perversos (...) el perito es conocido como el saxofón judicial, tiene un tono, pero el que lleva la batuta es el abogado litigante (...) El dinero cambia de manos dependiendo de la fidelidad que exprese el perito, pero éste sólo podrá activar su parquímetro si a su empleador le agrada el tono (...) Mientras más mesurado e imparcial sea un perito, menor la posibilidad que le contraten”*.

<sup>377</sup> GROSS (1987), p. 740.

<sup>378</sup> ALEXANDER ET AL (1987), p. 181.

atochamiento, y marcada dificultad para emplear la herramienta de los sistemas alternos<sup>379</sup>. La misma respuesta reactiva ha ocasionado además que se reivindique en la propia sede angloamericana el valor forense de la función que desempeñan los operadores letrados (y no la jurisdicción estatal) en las etapas tempranas del litigio y aún antes que éste se trabe, enfatizando un rol de garante del juez en este entendido<sup>380</sup>. Con todo, se trata éste de un enfrentamiento que el medio estadounidense está, aún, lejos de superar<sup>381</sup> y que tendremos la oportunidad de señalar cómo se manifiesta hasta nuestros días.

En la línea de razonamiento que se lleva expuesta, y que vincula al juicio por jurados con el establecimiento de los hechos controvertidos en el litigio, para erigirlo como rasgo caracterizador del procedimiento civil angloamericano, toma cuerpo, rápidamente, la necesidad de superar la manifiesta contradicción que supone, por un lado, una minuciosa reglamentación de la forma en que se debe examinar la prueba en el juicio<sup>382</sup> y por otro, una decisión de parte de un jurado lego que derechamente no expone sus fundamentos<sup>383</sup>, una verdadera paradoja que parece debilitar la convicción paritaria y garantista que subyace el establecimiento de ésta institucionalidad<sup>384</sup> y que sin embargo, se valora como uno de los sostenes del juzgamiento estatal adjudicativo heterónimo<sup>385</sup>, entendiendo, como premisa básica, que sencillamente no existe mecanismo judicial alguno capaz de reproducir, con certeza inquebrantable, la veracidad de los hechos<sup>386</sup>. Frente a ello cabe observar, en un primer término, que, en realidad, el juez continental o del *civil law*, muchas veces hace girar su exposición de fundamentos de convicción en torno a nociones simplemente convencionales<sup>387</sup>, justificando el surgimiento de un no disimulado escepticismo entre los operadores y justiciables frente al desarrollo de la prueba y la convicción que de ella surge<sup>388</sup>, no diverso del que originó al movimiento hacia los SARC en los Estados Unidos<sup>389</sup> y que condujo, por demás, a una irremontable (y muy explicable) convicción verifóbica post-modernista en dicho medio<sup>390</sup> en pos de preservar y poner en valor el resultado

---

<sup>379</sup> GROSS ET AL (1996) p. 48.

<sup>380</sup> GROSS (1987) p. 746.

<sup>381</sup> TARUFFO (2008), p. 15, 16.

<sup>382</sup> No todas ellas contempladas en las Federal Rules of Civil Procedure, sino que muy complementadas con reglas particulares y con abundantes reglas de precedente.

<sup>383</sup> GROSS (1987), p. 736.

<sup>384</sup> DAMASKA (1997) p. 41.

<sup>385</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 95.

<sup>386</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 96.

<sup>387</sup> No pocas veces identificados con los así llamados “principios formativos del procedimiento” que se han dado por superados en pos de las exigencias que plantea el debido proceso que, a su vez, se erige como principio formativo: DUCE et al (2008), p. 34.

<sup>388</sup> JEQUIER (2016), p. 98.

<sup>389</sup> CHASE (2005) p. 154.

<sup>390</sup> STIENSTRA ET AL (1995), pp. 9, 13.

que arroje el debate adversarial entre defensas<sup>391</sup>. Agregaremos, aún, una segunda paradoja en este ámbito, pues mientras el juicio de raigambre continental insta, en mayor o menor medida, reglas que importan restricciones a la rendición de la prueba, impone un estándar de convicción más elevado que el angloamericano en tanto que estos últimos ordenamientos reconocen, por contraste, una amplísima libertad probatoria y requieren, empero, como se dijo, un estándar de convicción, al menos civil, notoriamente más laxo que el del *civil law*<sup>392</sup>.

Por otra parte, si bien el requisito de transparentar en todos sus extremos la decisión que adopta finalmente el jurado, mediante la fundamentación pormenorizada de la sentencia, puede resultar democráticamente atractiva<sup>393</sup>, lo cierto es que termina por tornar de escasa relevancia práctica y finalmente indeseable, pues ella puede revelar disensiones internas graves en el proceso de toma de decisiones que a la postre, pueden debilitar y de hecho, merman, su autoridad<sup>394</sup>, la que radica casi como un dogma sobre este género de procedimiento adversarial<sup>395</sup> que termina por justificar un valor ínsito en la discrecionalidad judicial<sup>396</sup> y que percibe como insumo elemental, básico, el producto del debate partisano, oral, abierto e incluso sosteniendo pruebas preconstituidas que, en el medio continental, serían inadmitidas<sup>397</sup>. Este fenómeno explica además que, en el medio comparado bajo estudio, como una forma de superar este punto de inflexión y mitigar la eventual irracionalidad al que el mismo pueda conducir, el control de la admisibilidad y de la racionalidad de la prueba y la forma en que ésta se produce radique casi en exclusiva en el rol que les cabe a los intervinientes<sup>398</sup>, quienes más tarde (hipotéticamente al menos), serán los encargados de su exposición al órgano lego<sup>399</sup>, de manera que el insumo que éste

---

<sup>391</sup> RESNIK (1986), p. 516-524. La descripción del estado de cosas que expone esta autora en su trabajo (ampliamente citado en la dogmática norteamericana), para el período inmediatamente anterior a la “explosión” de los SARC en el medio estadounidense, no difiere mucho de aquél que se le podría atribuir al diagnóstico procesal civil chileno de la segunda década de los 2000 (y que de hecho, motiva muchas de las reformas que introduce el PCPC) en que, por una parte, se lleva al proceso de adjudicación estatal heterónoma al extremo, con una judicialización masiva de todo tipo de conflictos, una “constitucionalización” de lo que se ha venido entendiendo como “principios formativos” de aquél y en que, sin embargo, se observa con profundo recelo el papel que juegan los operadores del sistema (los litigantes) al extremo que se les atribuye la degeneración y pérdida de los rasgos benéficos del sistema adversarial. Así se anuncia en “*Mensaje del PCPC 2012*”, pp. 12 y siguientes” .

<sup>392</sup> MARCUS (2017) p. 53.

<sup>393</sup> CHASE (2005) p. 57.

<sup>394</sup> CHASE (2005) p. 117.

<sup>395</sup> RESNIK (1986), p. 505.

<sup>396</sup> CHASE (2005) p. 118.

<sup>397</sup> HAZARD ET AL (2006) pp. 97, 98.

<sup>398</sup> LANGBEIN (1985) p. 823.

<sup>399</sup> GROSS (1987), p. 735.

reciba ya habrá superado este mínimo (a la vista de los litigantes) “control de calidad” de racionalidad y legalidad<sup>400</sup> que, en nuestro medio, constituye, de hecho, una de las demandas que se formulan a la información que se pondrá a disposición de la instancia decisoria judicial en los procesos civiles reformados<sup>401</sup>.

Este último paradigma de la entrega de amplias facultades de selección, prospección e impugnación de la prueba antes de su presentación a juicio explica, además, la gran cantidad de reglas de exclusión que los abogados esgrimen previo al examen de la evidencia propiamente dicha<sup>402</sup>, al extremo que resulta lícito observar que, hoy en día, el grueso del litigio civil que llega a desarrollarse ante jurados en los Estados Unidos, se concentra precisamente antes que comience a desplegarse el mismo<sup>403</sup>, en el debate vinculado con la exclusión, o no, de la prueba<sup>404</sup>, litigio el primero en el que al jurado le cabe un papel enteramente pasivo, si no inexistente<sup>405</sup>. En paralelo justificará, además, el desarrollo de esquemas de evaluación de la prueba mediante herramientas de diagramación argumental (*Wigmore Diagrams*) que permite la presentación gráfica de los procesos de convicción judicial<sup>406</sup> (que, hasta la fecha, resultan casi por completo desconocidos entre nosotros<sup>407</sup>) y que facilitan tanto su presentación, como de las conclusiones de convicción lógica que de ello se derivan, mediante sistemas automatizados de procesamiento de datos como herramienta privilegiada del litigante<sup>408</sup>.

**2.2.3.-** El análisis que se viene ofreciendo permite concluir que el esclarecimiento de la base fáctica controvertida, en un litigio de corte esencialmente adversarial, mediante el sistema de juicio por jurados, puede efectivamente ser utilizado como un descriptor válido del estatuto del enjuiciamiento civil estadounidense desde la perspectiva histórica del establecimiento y desarrollo de su base normativa fundamental informadora del sistema<sup>409</sup>.

Pero este análisis resultaría, empero, notoriamente incompleto, si se omitiese precisamente tomar nota de la evolución contemporánea del sistema (a partir de la segunda o tercera década del siglo XX, al menos) y con ello, consignar que el

---

<sup>400</sup> DAMASKA (1997) p. 44.

<sup>401</sup> DUCE et al (2008) p. 15.

<sup>402</sup> “*Los litigantes americanos no dejarán piedra sin voltear en la medida, por supuesto, que puedan facturar por cada piedra volteada...*” LANGBEIN (1985) p. 846.

<sup>403</sup> GROSS (1987), p. 735.

<sup>404</sup> RESNIK (1982), p. 404.

<sup>405</sup> DAMASKA (1997) p. 47.

<sup>406</sup> CHALAMISH ET AL (2011), p. 1.

<sup>407</sup> DEL VALLE ET AL (1998), p. 16.

<sup>408</sup> E incluso fundantes de mecanismos de convicción judicial basados en sistemas de inteligencia artificial: CHALAMISH ET AL (2011), p. 9.

<sup>409</sup> Con referencia a los escritos fundantes de “El Federalista”: RESNIK (1982), p. 381.

modelo en cuestión, identificable con una arquitectura de juzgamiento bifásico<sup>410</sup>, que discierne claramente en una segunda etapa la fase de establecimiento de los hechos (a cargo del jurado) de la decisión jurídica en torno a los mismos (función entregada fundamentalmente al juez)<sup>411</sup> se ha ido tornando de tan escasa ocurrencia<sup>412</sup>, frente a la creciente preponderancia que ha adoptado el antejuicio o etapa *pre-trial*<sup>413</sup> que, en realidad, ha pasado a ser un evento judicial de ocurrencia casi excepcional en el medio estadounidense<sup>414</sup>, utilizada las más de las veces como verdadera moneda de cambio<sup>415</sup> en la negociación entre litigantes<sup>416</sup> y sustancialmente erosionada<sup>417</sup>, reservada a pleitos particularmente complejos o en que motivos de interés público prevalente<sup>418</sup> desaconsejan evitar el juzgamiento desarrollado en forma tradicional y optar, en cambio, por la inevitable publicidad<sup>419</sup> que, en los Estados Unidos, resulta explicable y aún esperable del proceso adjudicativo heterónomo<sup>420</sup>. Culturalmente, por demás, el juicio por jurados en la expresión emblemática de la manera en que el aparato estatal estadounidense imparte justicia a los ciudadanos, ello a pesar que desde el punto de vista de los propios observadores, de manera radicalmente divergente, suele sostenerse que el juicio heterónomo es, derechamente, una enfermedad, generalmente no fatal, pero que sí precisa ser evitada a toda coste razonable<sup>421</sup>, apreciación en cuyo debate habremos de adentrarnos más adelante.

Es así como se describen, de hecho, porcentajes de una sola cifra de asuntos que llegan finalmente a utilizar el juicio por jurados y con ello la salida de la adjudicación estatal heterónoma tradicional<sup>422</sup> pues, en definitiva, el juicio (*trial*) describe el fracaso del antejuicio (*pre-trial*), al que progresivamente, desde hace más de ochenta años<sup>423</sup>, se le va asignando una función esencial de resolución de la controversia sin decisión de adjudicación<sup>424</sup> en un fenómeno que termina por desdibujar el modelo bifásico clásico y conformar una estructura de un solo nivel

---

<sup>410</sup> GROSS (1987) p. 736.

<sup>411</sup> DAMASKA (1997) p. 48.

<sup>412</sup> Los documentos más recientes, tratan de proporciones que rodean al 1% de todos los ingresos al sistema federal de justicia que llegan a, efectivamente, desarrollar un juicio en forma. Así en WOO (2018) p. 146.

<sup>413</sup> TARUFFO (2007) p. 78.

<sup>414</sup> TARUFFO (2007) p. 80.

<sup>415</sup> RESNIK (2012) p. 404.

<sup>416</sup> GROSS ET AL (1996) p. 4.

<sup>417</sup> DAMASKA (1997) p. 126.

<sup>418</sup> STIENSTRA et al (1995), p. 17.

<sup>419</sup> RESNIK (2015) p. 2835.

<sup>420</sup> KERN (2013) p. 320.

<sup>421</sup> GROSS ET AL (1996) p. 3.

<sup>422</sup> STIENSTRA et al (1995), p. 22.

<sup>423</sup> Concretamente desde la introducción de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) en 1938.

<sup>424</sup> TARUFFO (2007) p.81.

que, paradójicamente, constituye la salvación del juicio tradicional de dos etapas<sup>425</sup>, pues éste impone al sistema severos requerimientos vinculados con el volumen de demanda por sus servicios, que el modelo sencillamente no sería capaz de soportar<sup>426</sup>.

Así las cosas, a pesar que el juicio por jurados defiende sus fueros radicándolos en valores ciudadanos democráticos<sup>427</sup> y de seguridad jurídica<sup>428</sup>, que se materializan en la garantía constitucional consagrada en la Séptima Enmienda<sup>429</sup> (inexistente, por supuesto, en el Reino Unido) y en una práctica forense guiada por los resultados<sup>430</sup>, que en algunos casos, no siempre fundados, se describen como producto de la decisión de juzgadores más fácilmente impresionables para obtener un mejor resultado económico, típicamente en los juicios por indemnización de perjuicios<sup>431</sup>, históricamente rastreable a épocas incluso anteriores a la dictación de las FRCP<sup>432</sup>, lo cierto es, decimos, que una caracterización del medio angloamericano predicando la preponderancia *tout court* del juicio por jurados, sin tomar debida nota de la profunda transformación que ha significado la puesta en valor de la etapa antejudicial<sup>433</sup>, en la que impera la institucionalidad del *discovery* como entidad central y preponderante<sup>434</sup>, importaría defender una visión sesgada e incompleta de aquél, al omitir la evidente y progresiva transformación del proceso en un mecanismo de inclinación eminentemente monofásica, centrada en la etapa previa ya indicada, de escasísima adjudicación heterónoma tradicional<sup>435</sup> y abierta, por lo tanto, a soluciones encausadas hacia una frondosa oferta pública y privada de sistemas alternativos<sup>436</sup> que, de esta manera, revelan su verdadero

---

<sup>425</sup> DAMASKA (1997) p. 141.

<sup>426</sup> GROSS (1987), p. 738.

<sup>427</sup> SUBRIN (1987), p. 991.

<sup>428</sup> GROSS (1987), p. 742.

<sup>429</sup> Persistente, también, durante el proceso de promulgación del estatuto de procedimiento civil federal en actual vigencia: SUBRIN (1987), pp. 972, 973. Cuestiona el autor, con todo, la sinceridad con la que los redactores del mismo afrontaron la vigencia del juicio por jurados, dando a entender que, inmersos en el movimiento realista del derecho, de la discrecionalidad judicial y del tecnicismo de las decisiones, la permanencia universal del mismo habría sido más bien una solución de compromiso ante la decisión del Congreso de delegar en la Corte Suprema, como se verá más adelante, las facultades de legislar la materia.

<sup>430</sup> Típico en este ejemplo es el renombrado caso "*Liebeck vs. Mc.Donald's Restaurants*" de 1992, en que la demandante obtuvo de un jurado una abultada indemnización de casi US\$3.000.000.- por las lesiones que le produjo un derrame de una taza de café por encontrarse éste demasiado caliente. Aún cuando el monto final de la indemnización fue reducido, es considerado ejemplo típico de este fenómeno: GROSS et al (1996) p. 5.

<sup>431</sup> TARUFFO (2007) p. 82.

<sup>432</sup> SUBRIN (1987) p. 965.

<sup>433</sup> GROSS (1987), p. 735.

<sup>434</sup> BERIZONCE (2016) p. 14.

<sup>435</sup> KERN (2013) p. 330.

<sup>436</sup> SUBRIN (1987) p. 912.

carácter de consecuencia de una cierta conformación del juicio estatal heterónimo (y alentados por esta sede, por demás), antes que el de una institucionalidad autónoma, autosuficiente, y mucho menos analizable como si de una parcela ajena o aislada del proceso civil se tratara.

Con todo, resultará siempre necesario tener presente que la herencia del juicio por jurados en el medio comparado estadounidense ha impregnado su juzgamiento civil de ciertas características propias, que se pueden constatar al interior de litigio, incluso en ausencia de la materialización de este procedimiento.

Desde luego, reclama particular atención el hecho, ya esbozado antes, que la decisión del jurado vinculada a la determinación de los hechos, carece del fundamento racional<sup>437</sup> que se demanda del juez continental al desarrollar idéntica función<sup>438</sup>, sin que ello implique, empero, que el establecimiento de hechos controvertidos se encuentre exento de un control de congruencia y legitimidad, el que se desplaza, pues se obtiene de un examen adversarial del mismo<sup>439</sup>, previo a su procesamiento por parte del jurado, cuyo rol se ve preterido en este ámbito<sup>440</sup>, gracias a los procesos de *discovery*<sup>441</sup> insertos en estadios procesales antejudiciales del litigio<sup>442</sup>, hasta acá verdaderamente desdeñados por el operador continental y que llamarán poderosamente su atención, por la subversión que ello supone a la estructuración tradicional del juicio al que se encuentra habituado y que le resultará, por cierto, de difícil comprensión<sup>443</sup>, en ausencia del imprescindible contraste entre ideales paritarios y jerárquicos de administración de justicia que explican, en cambio, la consustancialidad indisoluble entre *discovery* y litigio civil<sup>444</sup>. En definitiva, la fundamentación de la decisión que adopta el jurado en torno al establecimiento de los hechos, ajena e incluso extraña a la tradición del juzgamiento estatal en sede continental, se ve sustituida por la explicación de inadmisión que ofrece el juez tras el debate que las partes entablan<sup>445</sup> previo, insistimos, a ofrecer el “producto” del mismo al juzgador de hechos por antonomasia. Es por ello que se ha sostenido que, en el adversarial estadounidense, todo el debate de admisibilidad, esencialmente jurídico y de abogados, ocurre en realidad en las fases antejudiciales y no en el juicio propiamente dicho, a diferencia del modelo continental más avanzado (expresión

---

<sup>437</sup> DAMASKA (1997) p. 128.

<sup>438</sup> DAMASKA (2000) p. 47.

<sup>439</sup> KERN (2013) p. 329.

<sup>440</sup> DAMASKA (1997) p. 129.

<sup>441</sup> BERIZONCE (2016) p. 14.

<sup>442</sup> DAMASKA (2000) p. 105.

<sup>443</sup> DAMASKA (2000) p. 50.

<sup>444</sup> RESNIK (1982), p. 443.

<sup>445</sup> DAMASKA (1997) p. 128.

reservada al diseño germánico del mismo) en que es más bien poco lo que acontece en este sentido<sup>446</sup>.

No puede perderse de vista en este sentido, por lo tanto, que la estructuración de juicios por jurados responde a una caracterización propia del ideal horizontal de justicia que impera en el medio angloamericano<sup>447</sup>, en que se privilegia un juzgamiento que rehuye de modelos centralizados, verticales, jerárquicos, autoritarios, burocratizados y profesionales de administración de justicia<sup>448</sup> que, *mutatis mutandi*, resultan casi inconscientemente propios del medio continental y en especial del nacional, en que la respuesta “oficial” proveniente de la autoridad se contempla como revestida de valores de profesionalismo, imparcialidad y equidad que de otra forma, supuestamente, no se alcanzarían<sup>449</sup>.

**2.2.4.-** En definitiva, parece ser cierto que el ideal del juicio por jurados responde a una enraizada convicción cultural<sup>450</sup>, que el indiscutido debilitamiento de su utilización forense no alcanza a comprometer del todo<sup>451</sup>, sino que obliga a desarrollar una cuidadosa lectura que revele su verdadero alcance como elemento caracterizador del estatuto estadounidense<sup>452</sup>.

Este análisis, en línea con lo que se lleva expuesto, importa emprender un examen de la institución contrastándolo con los principales fenómenos que el medio angloamericano viene experimentando especialmente desde la introducción del “*new deal*” y, con particular vigor, a partir de la década de los 70 del siglo pasado<sup>453 454</sup>, ligados indefectiblemente a la gestión judicial<sup>455</sup>, la promoción intrajudicial de los SARC<sup>456</sup>, al profundo cuestionamiento de la utilidad que presta la discrecionalidad de las partes en el establecimiento de los hechos producto de la irrenunciable pasividad judicial en este ámbito<sup>457</sup> y, casi reactivamente, a la

---

<sup>446</sup> GROSS (1987) p. 735.

<sup>447</sup> SUBRIN (1987), p. 934.

<sup>448</sup> RESNIK (1982), pp. 424, 423.

<sup>449</sup> DAMASKA (2000) p. 37.

<sup>450</sup> TARUFFO (2016) p.73.

<sup>451</sup> RESNIK (1982), p. 445.

<sup>452</sup> TARUFFO (2016) p.82.

<sup>453</sup> CHASE (2005) p. 119.

<sup>454</sup> Concidente, de hecho, con la iniciativa denominada “*Fight on poverty*” que el ejecutivo encabezado por Lyndon B. Johnson instauró, vigorizando el legado de su correligionario, Franklin D. Roosevelt.

<sup>455</sup> CHASE (2005) p. 171.

<sup>456</sup> Cuyo origen, también, se sitúa en concreto en 1976 con las Conferencias Nacionales en homenaje a Roscoe Pound quien encarnó una fuente dogmática de una incidencia verdaderamente fundacional del estatuto judicial civil moderno en los Estados Unidos, al punto que se le identifica con la inspiración que sirvió de fuente para la dictación de las FRCP: RESNIK (1982), p. 395.

<sup>457</sup> TARUFFO (2008) pp. 116.

asunción del rol casi “gerencial” del litigio por parte del juez<sup>458</sup>, no necesariamente identificado con la adjudicación heterónoma tradicional<sup>459</sup>, fenómenos éstos que se avizoran ya más bien como consecuencias de la operatoria a lo largo de más de dos siglos de un modelo que, sin embargo, se mantiene en vigencia y que no resulta aconsejable, por ende, desatender, ello a pesar de concederse incluso que no se trata un sistema que resista un examen de “eficiencia”, al menos en términos de costos y tiempos involucrados<sup>460</sup>.

A este último respecto, que engarza con la sempiterna cuestión del costo que el desarrollo de un juicio por jurados involucra<sup>461</sup> (desaprensivamente desdeñado, curiosamente, en cercanos medios de raigambre continental que no se han caracterizado, al menos en las últimas décadas, por la abundancia de recursos públicos<sup>462</sup>), cabe subrayar que la dogmática en ambos ordenamientos<sup>463</sup>, enfrentada a este paradigma de “ineficiencia”, no ha dudado en sostener que la instauración de un aparato judicial que se imponga ofrecer respuestas de calidad a los interesados, no puede someterse a la “esclavitud” de las cifras y a los controles de eficiencia<sup>464</sup>, entendidos como una suerte de interés prevalente que paulatina y a veces embozadamente va adquiriendo preeminencia<sup>465</sup> y, por lo mismo, pospone el desarrollo de una función jurisdiccional que satisfaga estándares cualitativos congruentes con la sustancial relevancia de los derechos en liza<sup>466</sup> en delicadísimo equilibrio con las perennes cuestiones vinculadas a las finanzas públicas<sup>467</sup>.

De hecho, la experiencia comparada demuestra que las pruebas experimentales, de campo, de entidades llamadas a mejorar sólo este género de “eficiencia” en un medio imperado por el juicio adversarial de amplio predominio de partes, como el estadounidense, arroja resultados inciertos, y aún equívocos, desde la limitada perspectiva, insistimos, temporal y de costos<sup>468</sup>, motivos que, sin embargo,

---

<sup>458</sup> Característico de la década de los 80 y del imperio tecnocrático del reaganismo. Por todos: RESNIK (1998), p. 376-377.

<sup>459</sup> CHASE (2005) p. 118.

<sup>460</sup> GROSS (1987) p. 736.

<sup>461</sup> Criterio que no siempre ha sido uniforme, pues la rapidez del juzgamiento lego fue, en el pasado, profundamente apreciado precisamente por la economía que representaba: SUBRIN (1987), p. 937.

<sup>462</sup> Tratando del juicio por jurados en la República Argentina: SCHIAVO (2016) p. 10. En agudísimo contraste, constatando el inevitable efecto que el juzgamiento en tiempos de autoridad importa para las economías más prósperas del globo: MARCUS (2013) (B) p. 134.

<sup>463</sup> CHASE (2005) p. 184.

<sup>464</sup> GROSS (1987) p. 756.

<sup>465</sup> DAMASKA (1997) p. 138.

<sup>466</sup> PALOMO et al (2016) p. 113.

<sup>467</sup> MARCUS (2013) (B) pp. 147-148.

<sup>468</sup> CHASE (2005) p. 173, 174.

marcan poderosamente el abandono que viene experimentando el juicio por jurados. Lo que se viene diciendo en torno a este particular, por cierto, no dice relación, o a lo menos no de manera directa, con la dificultad económica que deben sortear los litigantes patrimonialmente más débiles para acceder al aparato estatal de justicia<sup>469</sup>, que si bien se vincula con consideraciones de eficiencia económica del proceso, constituye un extremo que referiremos a propósito de la prevalencia del juicio adversarial de dominio de partes.

No debe llamar a error, tampoco, el hecho que la prevalencia del establecimiento de los hechos controvertidos mediante el mecanismo del debate partisano y la decisión de juzgadores legos<sup>470</sup> enraíce en los Estados Unidos, como se dijo, en normas de origen constitucional y aún anteriores al texto fundamental, como ocurre con los ampliamente citados ensayos mediante los cuales Hamilton, Madison y Jay no sólo promovieron la aprobación de aquél sino que instauraron sus bases fundamentales<sup>471</sup> pues, al día de hoy, la supervivencia e incuestionable vigor de su autoridad debe vincularse más bien con la identificación absoluta que persiste (con idéntica buena salud) entre esta institucionalidad y el juicio adversarial<sup>472</sup>, de dominio pleno de los litigantes, en que la injerencia del juez estatal es, en el mejor de los casos, módica<sup>473</sup>, bien que sometida a progresiva regulación y modulación<sup>474</sup>, no exenta de ácidas crítica por desdibujar, precisamente, las bases de la arquitectura del juicio estatal tradicional norteamericano<sup>475</sup>.

Si bien esta convicción fundamental, de la vinculación indisoluble entre las dos entidades y la prevalencia del juicio adversarial “puro” se analizará más adelante, resulta preciso traerla a colación ahora, a propósito de la ya anunciada supervivencia, hasta hoy, del juicio por jurados, ello por ser incluso anterior a la

---

<sup>469</sup>TARUFFO (2008) p. 56.

<sup>470</sup> Que aunque forme la piedra angular de lo que se ha dado en llamar un verdadero “mito judicial”, “...es una especie de estrella polar en la constelación de los valores en los que se inspiran la cultura jurídica y el consenso social, ya sea en Inglaterra, ya sea especialmente en los Estados Unidos”: TARUFFO (2008) p. 110.

<sup>471</sup> Y que, de hecho, vinieron a tener éxito pleno sólo en una etapa posterior a la aprobación de la Constitución, pues si bien ésta en su texto original garantiza el derecho al juicio jurados en la Sección Segunda del artículo III, como se analizó antes, análogo derecho en lo tocante a los juicios civiles federales vino a ser introducido sólo mediante la Séptima Enmienda, que formó parte de la Declaración de Derechos de 1791.

<sup>472</sup> GROSS (1996) p. 57.

<sup>473</sup> Citando a Lord Denning en “Jones v. National Coal Board”, de 1957: “Si (el juez) va más allá de este punto (el de árbitro neutral y pasivo), deja caer el manto del Juez y se calza la túnica del Abogado y éste es un cambio que no le sienta bien”: TARUFFO (2008) p. 3.

<sup>474</sup> MEADOR (1995) p. 7.

<sup>475</sup> SUBRIN (1987) p. 911.

propia norma constitucional<sup>476</sup> y portar una autoridad normativa incluso mayor, al engarzar directamente con los fundamentos del *due process of law* que, a su turno, involucran directamente al modelo adversarial de impartición de justicia estatal<sup>477</sup> eso a falta, como se dijo antes, de la concepción del rol político que, en sus inicios, caracterizó a la institución. De hecho, tan profunda fue la penetración del modelo del juicio por jurados en esta primera etapa, que en los albores de su establecimiento el jurado se encontraba investido y aún avalado por la Corte Suprema, de la autoridad para resolver conflictos de hecho y de derecho<sup>478</sup>, precisamente por entenderse que su autoridad servía como control y juez supremo de la discrecionalidad del adjudicador estatal<sup>479</sup>, potestad aquella que no fue restringida sino hasta bien entrado el siglo XIX, como se explicó en párrafos anteriores, por activa intervención directa de los propios jueces estatales.

En suma, y es esta la identidad que queremos resaltar desde ya, en los Estados Unidos el debido proceso supone, indefectiblemente, un juicio netamente adversarial, y el caso es que éste no se llega a desplegar, al menos en hipótesis, su plena expresión si no se garantiza el derecho (las más de las veces lejano y teórico, como la materialización del adversarial, por demás) al juzgamiento por jurados, asegurado en las Constituciones Federal y Estatales como manifestación singular de la prerrogativa en análisis, que preserva, de esta manera, su potencial caracterizador del modelo.

Parece útil referir aquí, a propósito de la prevalente presencia del mandato constitucional, a la cercana experiencia que presenta el modelo argentino de juicio penal por jurados. En dicho medio, y reconocidamente influenciado por un texto fundamental inspirado en la Constitución estadounidense, se introdujo como mandato la instauración del juicio por jurados a nivel federal, mandato que, sin embargo, permaneció desoído por más de 100 años, concretamente hasta la primera década del siglo XXI y aun ello parcialmente, pues la introducción del modelo se adoptó por parte de las Provincias (Buenos Aires y Neuquén) y no por el estado federal que sigue enfrascado en una interminable serie de cuestionamientos en torno a la potencial introducción del modelo a nivel general<sup>480</sup>. Es, con todo, la reconocida cercanía al modelo estadounidense la que explica la adopción del instituto en medios de raigambre continental<sup>481</sup>, como

---

<sup>476</sup> De orígenes que se remontan incluso al trabajo ya citado de J. Bentham y de los autores que le sirvieron de inspiración: TWINING (1993) pp. 383,384.

<sup>477</sup> GROSS et al (1996) p. 3.

<sup>478</sup> SUBRIN (1987) p. 929.

<sup>479</sup> SUBRIN (1987) p. 928.

<sup>480</sup> SCHIAVO (2016) pp. 77-81.

<sup>481</sup> SCHIAVO (2016) p. 74.

ocurrirá además con Panamá, de extendida y profunda injerencia estadounidense (incluso física), restringida eso sí, incluso conceptualmente, al orden penal<sup>482</sup>.

Otro tanto se puede decir de la implantación del jurado en España. Por de pronto, se trata de un sistema contemplado únicamente para el juzgamiento penal<sup>483</sup>, que los textos peninsulares fundamentales contemplaron al menos desde los albores del primer constitucionalismo español y que, con vacilaciones, se aplicó hasta comienzos del siglo XX. Curiosamente, y al igual que en el caso argentino, el llamamiento moderno a la instauración del sistema, contenido en el artículo 125 de la Constitución de 1978<sup>484</sup>, no se vino a poner en marcha sino hasta 1995, con la dictación de la ley respectiva. Si bien, por otra parte, se sostiene que se trata de una institución de antigua raigambre procesal en el ordenamiento hispano, lo cierto es que los autores no tardan en reconocer que el modelo en actual vigencia “*incardina*” en los esquemas procesales angloamericanos<sup>485</sup>, acercando del todo la experiencia a la de la República Argentina.

Con todo, podrá advertirse que en ninguno de los medios hispanoamericanos referidos el modelo de juicio por jurados presta una utilidad caracterizadora del sistema de enjuiciamiento civil, y ni tan siquiera, de hecho, es posible razonar en torno a una convicción constitucional, fundamental, acerca del papel que juega esta institución sino que tan solo de una mal avenida conveniencia por compromiso político<sup>486</sup>.

**2.2.5.-** El hecho de ser el juicio por jurados en materia civil una institucionalidad característicamente estadounidense y que, por lo tanto, presta particular utilidad para la identificación de su aparato de enjuiciamiento, queda muy especialmente demostrado al constatar que el estatuto inglés, cuyos orígenes políticos y dogmáticos son, comunes<sup>487</sup>, análogos<sup>488</sup>, ante la escasa incidencia del juicio por

---

<sup>482</sup> SCHIAVO (2016) p. 89.

<sup>483</sup> LORCA (2005) p. 21.

<sup>484</sup> “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*”.

<sup>485</sup> LORCA (2005) p. 3.

<sup>486</sup> En palabras de De La Oliva: “(,,,) el artículo 125 de la Constitución quiere que exista jurado en ciertos procesos penales. Se concede, sí, un amplísimo margen a la configuración legal, pero, dentro de ese margen, la norma fundamental exige que haya jurado. De lo contrario, el precepto constitucional quedaría constantemente incumplido en el punto que nos interesa, porque, no habiendo jurado, es obvio que nadie podría participar nunca en la administración de justicia mediante esa institución. De manera que, desde 1978, ese mandato constitucional ha sido desoído. Y, como quiera que, nos gusten más o menos sus preceptos, es socialmente saludable que la Constitución entera se cumpla (o se cumple o se reforma), la genérica decisión del gobierno de cumplir lo que dispone el artículo 125 CE ha de ser saludada como positiva”. Así en LORCA (2005), p. 6.

<sup>487</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 378.

jurados en los asuntos civiles (tenidos originalmente como elemento privilegiado del enjuiciamiento civil<sup>489</sup>) y la ausencia de una norma constitucional o de una convicción libertaria institucionalizada similar a la estadounidense, derechamente eliminara la institución, por motivos esencialmente pragmáticos<sup>490</sup>, incluso varias décadas antes de la promulgación de la *Civil Procedure Reform Act* (CPR) de 1999, limitando su uso a juicios civiles indemnizatorios en que, por regla general, es necesario un juicio penal previo, como ocurre con los juicios por difamación o prisión injustificada<sup>491</sup>.

La prescindencia del juicio por jurados, si bien contrasta con el paradigmático *trial* del *common law* estadounidense<sup>492</sup>, acercándose como nunca al modelo continental<sup>493</sup>, de forma alguna, sin embargo, ha significado que el estatuto imperante en el Reino Unido haya renunciado a una enraizada convicción adversarial<sup>494</sup> sino que representa la opción, como una forma de evitar sus excesos<sup>495</sup>, por una modulación racional de la misma<sup>496</sup>, proceso que se ha planteado objetivos de eficiencia y racionalidad<sup>497</sup>, en tanto que viene demostrando que esta noción fundamental sí es compatible con herramientas de gestión judicial<sup>498</sup> e incluso de averiguación de hechos radicadas en la autoridad del juez<sup>499</sup>, preservando a la vez respetables tasas de derivación de asuntos a sedes autocompositivas o de intervención estatal de menor magnitud<sup>500</sup>.

---

<sup>488</sup> De hecho, ambos estatutos observaron un desarrollo marcadamente endógeno, extraño a influencias o transplantes de origen continental en una medida considerable, a lo menos hasta bien entrado el siglo XIX: VAN RHEE (2011) p. 31. Apunta este autor al hecho que la primera influencia constatable del derecho continental en el ordenamiento británico, se verifica con la dictación de las Leyes de Administración de Justicia de 1873-1875 las que a tuvieron una inspiración en el Código Procesal de David Dudley Field promulgado para el Estado de Nueva York y que, a su vez, se inspiraba en las leyes del Estado de Louisiana, de tradición marcadamente continental estas últimas.

<sup>489</sup> VAN RHEE (2011) p. 32.

<sup>490</sup> ANDREWS (2012) p. 256.

<sup>491</sup> ANDREWS (2008) p. 3.

<sup>492</sup> ANDREWS (2012) p. 257.

<sup>493</sup> VAN RHEE (2011) p. 35.

<sup>494</sup> Progresivamente modulado, es cierto, a lo largo de su extensísima historia, pero que ha conocido, en el pasado reciente, instituciones tan características como aquellas análogas a nuestro abandono del procedimiento (*dismissal for want of prosecution*): ZUCKERMAN (2005) pp. 144,145,147.

<sup>495</sup> Interpretado incluso como un esfuerzo por evitar que llegue a materializarse en un juicio efectivo: ANDREWS (2012) p. 256.

<sup>496</sup> ANDREWS (2008) p. 2.

<sup>497</sup> ANDREWS (2012) p. 254.

<sup>498</sup> VAN RHEE (2011) p. 36.

<sup>499</sup> ANDREWS (2008) p. 3, citando a la regla CPR 35.4 (1) a (3) en lo tocante al decreto judicial previo a emprender la prueba pericial.

<sup>500</sup> No exentas, por cierto, de sólidos cuestionamientos fundados en experiencias empíricas poco alentadoras en la materia: GENN et al (2007) pp. 196,197.

Comparte el ordenamiento del Reino Unido con el de los Estados Unidos, el hecho de insertar en un modelo de impartición de justicia estatal esencialmente adversarial, en línea (y quizás a la puntera) con las tendencias universalmente predominantes<sup>501</sup>, pero con un enfoque notoriamente pragmático<sup>502</sup>, paritario, horizontal, con una distribución de potestades jurisdiccionales estatales repartidas desde muy antaño, merced a la divergencia jurisdiccional surgida producto de la aplicación de estatutos jurídicos divergentes (concretamente en el *common law* y *equity*<sup>503</sup>) desarrollados en conjunto y éstos a la vez, con una evolución también paralela y entrelazada entre el derecho sustantivo con el procedimental, pues el *common law* identifica tanto el procedimiento como la respuesta al requerimiento del justiciable mediante procedimientos formularios en ausencia de los cuales adquiere vigencia, como regla supletoria, la norma que contemple el *equity*, caso a caso<sup>504</sup>. Esta particular arquitectura normativa se reparte, además, en un número tal de entidades y agencias, que sorprenden al operador continental<sup>505</sup> y que resultan llamativas al no existir, en el Reino Unido, el mandato constitucional que se impone en Estados Unidos de observar irrestrictamente la autoridad de los Estados, propia de una organización política federal<sup>506</sup> y que sí, en cambio, resulta concordante con una estructura de poderes que revela su configuración como herramienta de contención de las potestades de una monarquía<sup>507</sup> que, por siglos, ha observado el valor de la autoridad de los pares democráticamente electos<sup>508</sup> y ello aún, insistimos, en ausencia de un texto constitucional que ampare dicho mandato<sup>509</sup>.

---

<sup>501</sup> RAMOS (2008) p. 376.

<sup>502</sup> ZUCKERMAN (2005) p. 143.

<sup>503</sup> VAN RHEE (2011) p. 31.

<sup>504</sup> SUBRIN (1987), p. 931.

<sup>505</sup> Menores en número y particularidad que los que conforman el estamento judicial estadounidense, en todo caso, que debe hacerse cargo de la complejísima función de armonizar los estatutos federales, estatales, y éstos entre sí: MEADOR (1995) p. 50.

<sup>506</sup> Aún cuando sí responde a estructuras diferenciadas entre las diversas entidades políticas que componen el Reino Unido, esto es, los reinos de Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte: ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SISTEMA JUDICIAL DEL REINO UNIDO (1981), pp. 24, 25.

<sup>507</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 27.

<sup>508</sup> Preservando, sorprendentemente, hasta hace muy poco tiempo, la autoridad de cuerpos de generación estamentaria y aún nobiliaria, como ocurre con el *Judicial Comitee* de la *House of Lords*, responsable de una sección muy importante del derecho jurisprudencial inglés, transformado por una reforma de 2005 en la Corte Suprema del Reino Unido. Así en DE PRADA ET AL (2014) pp. 52-53.

<sup>509</sup> Lo que explica, además, que el revolucionario norteamericano de 1776 no buscara alejarse del modelo inglés, sino por el contrario, llegar a contar con los mismos privilegios y prerrogativas del súbdito de las islas británicas, origen por demás de la senda que su derecho siguió, estrechamente apegada, en las primeras décadas, a la evolución del aparato de justicia del Reino Unido: SUBRIN (1987) p. 929.

Por lo mismo, no es de extrañar que en el medio jurídico británico impere, también, un ideal de justicia adversarial<sup>510</sup>, modulado en torno las nociones implantadas por la reforma de las CPR de 1999<sup>511</sup> que, sin embargo, aún mantiene y alienta la promoción de amplias facultades conferidas a los operadores forenses y muy particularmente a los litigantes (*barristers*) quienes, actuando con autonomía recién contenida al interior del litigio estatal, cuentan con la potestad de disponer hechos y derecho<sup>512</sup>, en equilibrio con potestades judiciales que buscan acercarse a la experiencia que proviene de la sede norteamericana<sup>513</sup>.

Resulta en extremo interesante a los fines de esta investigación, por lo tanto, constatar que el ordenamiento británico haya abolido casi del todo el juicio civil por jurados, decisión que cercena en manera importante la vinculación constitutiva de éste con el proceso adversarial partisano “puro” estadounidense y ofrece la muestra de una evolución diferenciada, a pesar de provenir de una raíz común<sup>514</sup>, que en este caso, mitiga la autoridad inmanente del mecanismo de decisión lego preferido en los Estados Unidos que, ahora dissociado del componente contradictorio del juzgamiento que el Reino Unido le mantiene, sometido, eso sí, al examen permanente de proporcionalidad por parte del juzgador estatal que propugnan las CPR. Cuenta, en efecto, la judicatura inglesa, con facultades discrecionales que, si bien no siempre se materializan de manera uniforme, sí deben atender a motivos de justificación racional e incluso estructural, antes de intervenir derechamente en el desarrollo del litigio partisano<sup>515</sup>, imponiendo las graves sanciones que el ordenamiento procesal de 1999 introdujo, dentro de las cuales se encuentra incluso la potestad de desechar la pretensión *in limine*<sup>516</sup> en caso de desacato inexcusable y grave de la parte a un requerimiento judicial (“*strike out*”), sanción particularmente grave para un estatuto que todavía mantiene una porción preponderante de la iniciativa procesal y probatoria en manos de los litigantes<sup>517</sup>.

Es correcto señalar, por ende, que la entidad del juicio por jurados, al haber desaparecido casi del todo del estatuto inglés, no constituye ya, *per se*, una herramienta válida para caracterizar éste. Sin embargo, al considerar el alcance que esta decisión adoptada por la legislación inglesa puede tener, no puede perderse de vista tampoco que en el medio estadounidense, tal y como se indicó precedentemente, el número de litigios que llegan a ser resueltos en sede estatal

---

<sup>510</sup> ANDREWS (2008) p. 32.

<sup>511</sup> ZUCKERMAN (2005) pp. 150, 151.

<sup>512</sup> ANDREWS (2008) p. 2.

<sup>513</sup> MARCUS (2013) (B) p. 146.

<sup>514</sup> GONZÁLEZ (2006) p. 404.

<sup>515</sup> ZUCKERMAN (2005) p. 154.

<sup>516</sup> ZUCKERMAN (2005) p. 152.

<sup>517</sup> ANDREWS (2008) p. 32.

heterónoma mediante una sentencia adjudicativa es ínfima dentro del universo de asuntos civiles y aún dentro de este número, la cantidad de casos que son, finalmente, tramitados en un *trial* con presencia de jurados es aún menor y que, a pesar de ello, se le ha señalado aún como un elemento caracterizador que preserva vigente su valía, más allá del uso estratégico que los operadores forenses suelen adjudicarle sin llegar a materializarlo siquiera.

Esta paradoja, esto es, la de resaltar el valor de una institucionalidad cuya escasísima recurrencia empírica forense se impone como norma habitual, aún en aquél ordenamiento que la conserva como mecanismo privilegiado de determinación de los hechos controvertidos en juicio (el estadounidense) se explica, sin embargo, por la íntima conexión que presenta aquella con la convicción partisano - adversarial del litigio, que impregna toda la estructura procesal, tal y como lo demuestra la evolución del estatuto inglés que se viene de reseñar y que presenta a través de ella, por lo mismo, un sólido vaso comunicante con el *common law* estadounidense, al mantener la arquitectura de un proceso de juzgamiento estatal heterónomo de carácter netamente adversarial, de parte y dispositivo en medida preponderante, como rasgo caracterizador, recién atemperado por una (a los ojos del observador proveniente del medio continental) aún tímida intervención de la autoridad judicial en resguardo del así llamado “objetivo preponderante” autorizada en sus estatutos legales de más reciente data (el CPR de 1999), recibido aquél (el juicio adversarial partisano) por ende, como herencia de una larga tradición de juicios por jurados, largamente dominado por los intereses particulares en liza, que se fue debilitando con el tiempo hasta desaparecer casi del todo de la normativa procesal civil.

Son estas consideraciones las que justifican mantener esta institucionalidad como elemento distintivo del *common law* angloamericano, en la medida que su relativa (y aparentemente debilitada) prevalencia como mecanismo privilegiado para la determinación de los hechos en conflicto se analice, tanto a la luz de su evolución histórica, como de la forma en que se compenetró con otra institucionalidad, la del procedimiento adversarial dispositivo, que no sólo mantiene presencia en los ordenamientos en análisis, sino que transitó hacia nuevas concepciones del proceso civil en el medio continental, demostrando su valía como canal de conexión entre unos y otros estatutos e institucionalidades, a pesar de haberse visto modelado en torno a las particularidades que éstos últimos presentan.

En suma, el juicio por jurados, aún cuando desvanecido hasta conformar una presencia casi fantasmagórica por su debilitada y extremadamente esporádica ocurrencia, no lejana a la “mitología procesal”<sup>518</sup>, conserva una incidencia de una

---

<sup>518</sup> SUBRIN (1987) pp. 923,924.

profundidad tal, amparada por normas de rango fundamental, que no resulta posible desatender su presencia inmanente en la configuración del ordenamiento angloamericano aunque estructuralmente, en los hechos, no llegue a configurar siquiera un elemento fundamental del juicio<sup>519</sup>, y a partir de aquella, aquilatar apropiadamente su influencia en la configuración de los estatutos reformados en los ordenamientos occidentales en general, aún de inspiración continental, so pena de ofrecer una visión truncada de los sistemas de enjuiciamiento civil angloamericanos.

### **2.3.- El juicio adversarial, partisano y dispositivo como (controvertido) paradigma procesal angloamericano.**

**2.3.1.-** Ya se anunció en párrafos anteriores que no puede analizarse la institucionalidad del juicio por jurados, sin considerar la estrecha simbiosis que se verifica entre éste y el juicio adversarial partisano como herramienta privilegiada para la solución heterónoma de la controversia<sup>520</sup>. Se verifica entre ambos una identificación de tal profundidad y extensión, materializada incluso en los valores que representan que, derechamente, no resulta posible tratar de uno sin que ello implique una referencia más o menos directa a la manera en que se ha desarrollado el otro<sup>521</sup>. De esta manera, por ejemplo, cuando se sostiene que la entidad y recurrencia del juicio por jurados en los Estados Unidos se ha debilitado progresivamente, producto de su decreciente práctica en el medio forense, ello implica sostener que la adversarialidad como rasgo distintivo de su estatuto judicial ha experimentado, asimismo, una merma cuya profundidad y alcance es preciso sondear<sup>522</sup>. Este es, además, un punto en que nuevamente resalta el particular interés que representa el estudio comparado del modelo inglés que, renunciando al juicio por jurados, mantuvo un esquema adversarial que, sin embargo, en línea con las reflexiones que anteceden, y por motivos esencialmente jurídico culturales<sup>523</sup> se ha ido progresivamente modulando con el correr de siglos de praxis forense, en pos de la atenuación de sus rasgos más extremos sin que su sustancia, empero, corra riesgo de desaparecer<sup>524</sup>.

---

<sup>519</sup> TARUFFO (2009) p. 241.

<sup>520</sup> GROSS (1987) p. 743.

<sup>521</sup> HAZARD (2006) p. 35.

<sup>522</sup> Atenuación que no necesariamente conlleva una connotación negativa, pues perfectamente puede provenir, como ocurre en los hechos, de la intervención judicial que asume roles de gestión temprana del conflicto con buenos resultados empíricamente demostrados en el medio estadounidense. Así en CHASE (2005) p. 178.

<sup>523</sup> SUBRIN (1987) p. 997.

<sup>524</sup> Mengua que, obrando por diversas vías, también ha sido objeto de experimentación en los Estados Unidos, sin un resultado unívoco y claro aún. Así en CHASE (2005) p. 173.

Analizados desde la perspectiva de los mecanismos de conocimiento judicial o como herramientas de determinación de los hechos litigiosos, y sin perder de vista que los modelos teóricos sencillamente no existen y que la sola expresión “*adversary*” no designa un esquema procesal suficientemente definido con univocidad, sino que una idea más bien difusa o genérica de aspiración adjudicativa hacia el cual los ordenamientos positivos parecen (o deben) tender<sup>525</sup>, aún así, decimos, también es posible identificar una identidad entre juicio por jurados y juicio adversarial, más allá de su recepción “en bloque” en el medio estadounidense desde la fuente inglesa<sup>526</sup>.

Esta identidad se fortalece en la medida que el modelo en cuestión supone entregar prácticamente sin cortapisas el dominio de dicho proceso a las partes<sup>527</sup>, titulares de la prueba<sup>528</sup>, quienes, en encendido debate partisano, harían resplandecer la verdad<sup>529</sup>, objetivo éste que sólo se lograba mediante el examen y contraexamen de la evidencia<sup>530</sup>, herramienta procesal definida, por lo mismo, como “*la mejor herramienta inventada por el hombre para descubrir la verdad*”<sup>531</sup> y que originará la así llamada “*teoría combativa de la verdad*”<sup>532</sup>, presidida por un juez “*Activo en lo que respecta a controlar la corrección del debate dialéctico entre las partes, pero pasivo en lo que refiere al desarrollo y al resultado del enfrentamiento*”<sup>533</sup>.

El juicio adversarial, por ende, dirá estrecha relación con los procesos de establecimiento del sustrato fáctico ante la instancia jurisdiccional y en la misma relevante medida debe ser analizado como herramienta distintiva del ordenamiento angloamericano, lo que permitirá contrastarlo con la tradición del *civil law* continental y de las reformas emprendidas en este medio que, a pesar de enderezar hacia la instauración de procedimiento marcados por un carácter adversarial, no sólo no renuncian del todo a las potestades inquisitivas del juzgador sino que las desarrollan<sup>534</sup>, recorriendo de esta forma el mismo camino emprendido por las reformas angloamericanas (redefinir los roles de las partes y del juez en un enfrentamiento adversarial), a partir de extremos exactamente opuestos, desarrollando con ello una ruta en que progresivamente tanto *common* como *civil law* se acercan a un punto relativamente intermedio, que en esta línea

---

<sup>525</sup> TARUFFO (2008) p. 5.

<sup>526</sup> HAZARD (2006) p. 36.

<sup>527</sup> TARUFFO (2008) p. 113.

<sup>528</sup> DAMASKA (1997) p. 75.

<sup>529</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 101.

<sup>530</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 109.

<sup>531</sup> DAMASKA (1997) p. 79 en referencia a una máxima atribuida a Wigmore.

<sup>532</sup> TARUFFO (2008) p. 15.

<sup>533</sup> TARUFFO (2008) p. 17.

<sup>534</sup> PNCPC, Mensaje, p. 17.

de razonamiento, se traduce en una atenuación creciente de las fronteras que, tradicionalmente, se entendían dividir uno y otro campo<sup>535</sup>, en la medida que ambos comprueban, como ocurrió hace largo tiempo con modelos continentales de avanzada<sup>536</sup>, que la concesión de un volumen apreciable de facultades al juez estatal resulta ser, después de todo, perfectamente compatible con el modelo adversarial de litigio<sup>537</sup> y que el desafío se centra más bien en la forma de equilibrar esta ecuación<sup>538</sup>.

Este fenómeno de homologación de instituciones, atribuible en buena medida a una adopción generalizada del modelo de juicio adversarial en el contexto de los procesos de reforma<sup>539</sup>, como una herramienta privilegiada del juzgamiento de los hechos en sede estatal heterónoma, que vincula directamente con los objetivos propuestos para la presente investigación y que ha sido descrito por los doctrinantes y operadores de uno y otro medio no excusará, sin embargo, sondear los orígenes y evolución de aquella en los ordenamientos angloamericanos a fin de determinar en qué medida resulta, aún, una herramienta válida de caracterización dogmática<sup>540</sup>, útil a los fines investigativos propuestos. Para ello será preciso mantener a la vista la amplia gama de cuestionamientos que se ha dirigido en contra de esta entidad y que dicen relación con la capacidad del juicio adversarial de proporcionar, en definitiva, una respuesta cualitativamente deseable a la generalidad de los usuarios, particularmente aquellos que por motivos de postergación política o económica pertenecen a grupos más débiles<sup>541</sup>. La inveterada y explicable dificultad que impera en estos sectores para acceder a una *litis* coherente y exenta de asimetrías, en la sede estadounidense, puede rastrearse hasta las más tempranas etapas de diseño e implantación del estatuto en actual vigencia<sup>542</sup>.

En seguida, si bien es cierto que el juicio adversarial de dominio de partes, dispositivo, que supone el libre juego litigioso de convicción judicial parece ser paradigmático<sup>543</sup> y, por lo tanto, característico del medio angloamericano<sup>544</sup>, no lo es menos que una práctica forense que en los Estados Unidos se estructura en torno a un modelo que data desde hace ya más de ocho décadas, le ha hecho

---

<sup>535</sup> DAMASKA (1997) p. 113.

<sup>536</sup> Como es el caso de los ordenamientos austriaco y alemán: VAN RHEE (2011) p. 27.

<sup>537</sup> TARUFFO (2008) pp. 20 y ss.

<sup>538</sup> VAN RHEE (2011) p. 38.

<sup>539</sup> TARUFFO (2003) p. 2.

<sup>540</sup> TARUFFO (2008) p. 111.

<sup>541</sup> Los así llamados “perdedores habituales” del litigio: TARUFFO (2008) p. 60.

<sup>542</sup> SUBRIN (1987) p. 972.

<sup>543</sup> Identificado incluso desde sus orígenes con la inexistencia de barreras que implicaran alguna suerte de cortapisa hacia el dominio de las partes sobre el proceso: SUBRIN (1987), p. 975.

<sup>544</sup> MEADOR (1995) pp. 6, 7.

objeto de una serie de cuestionamientos de tal gravedad y profundidad que resulta legítimo preguntarse, por una parte, qué queda de éste en verdad o si es, como el juicio por jurados, una entidad traslúcida, radicada en la mitología judicial<sup>545</sup>, vacía de contenidos y si, en definitiva, mantiene su potencialidad de portar un modelo de impartición de justicia civil estatal heterónoma a seguir o si representa, al menos en lo que toca a la producción de la prueba, cada vez más, el símil de la caverna socrática, en que el mundo se le presenta a los juzgadores de los hechos iluminado por el estrecho rayo de luz que manejan los litigantes<sup>546</sup>.

Es por ello que corren con no escasa razón quienes afirman que el adversarial estadounidense es hoy, más bien, escenario típico de falencias y debilidades antes que una muestra de la aplicación irrestricta de un modelo equitativo de resolución de controversias, por haber perdido en el tiempo, y frente a los crecientes requerimientos sociales, la mayor parte de su capacidad expeditiva de soluciones cualitativamente apreciables, o incluso funcionales a sus objetivos culturales fundacionales<sup>547</sup>, experiencia que de todas formas (y quizás con mayor razón) debe tenerse en cuenta en los procesos de reforma que, como el chileno, se inclinan por preservar y fortalecer el mismo en armonía, como se dijo, con una redefinición del rol del juez estatal<sup>548</sup>.

**2.3.2.-** Tal como se ha señalado con precedencia, el modelo de juicio adversarial civil que actualmente impera en los Estados Unidos proviene, fundamentalmente, de las reformas emprendidas en el área a partir de la introducción de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, ampliamente acogidas por las legislaturas estatales a partir de esas fechas como normativa interna. La puesta en vigor del estatuto federal en los Estados Unidos vino precedida por una serie de antecedentes de profunda relevancia que resulta preciso subrayar pues determinan, en buena forma, la manera cómo el procedimiento adversarial evolucionó en las décadas que siguieron. Por de pronto y en un primerísimo lugar, es necesario tener presente que las FRCP de 1938 nacieron promovidas como una forma de uniformar procedimientos a partir de estatutos cuyo diseño se encargó al propio poder judicial federal<sup>549</sup> y que permitirían (y permiten) a los tribunales federales en los 94 distritos judiciales de la Unión observar una única ley procesal

---

<sup>545</sup> TARUFFO (2008) pp. 176, 178.

<sup>546</sup> DAMASKA (1997) p. 100.

<sup>547</sup> TARUFFO (2008) p. 265.

<sup>548</sup> PNCPC, Mensaje, pp. 17, 18.

<sup>549</sup> No se trata de reglas procesales basadas en la norma del precedente (que las hay) sino que de normativa positiva formal dictada a iniciativas del poder judicial y de la Corte Suprema en particular.

civil a pesar de verse, cada uno de ellos, constreñido a la aplicación de la ley sustantiva del Estado en que tengan asiento<sup>550</sup>.

Recordaremos, en este punto, que en 1934 una ley federal (la *Enabling Act*) entregó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, de manera indefinida, la potestad de dictar normas de procedimiento, preservándose para la legislatura federal la competencia relativa a normas sustantivas y un limitado poder de veto sobre las decisiones del Tribunal Supremo en esta materia<sup>551</sup>. Esta decisión, es decir, la de entregar a la judicatura la facultad de legislar en materias de procedimiento tuvo por finalidad separar estos estatutos (los adjetivos), de los sustantivos, y se vincula directamente con el privilegio conferido a la noción de la administración de justicia en *equity* por sobre el *common law* tradicional, mecanismo este último que contemplaba, hasta esas fechas, herramientas de litigio formulario, que por lo mismo unían tanto reglas de derecho sustantivo como adjetivo en un solo pliego de pretensiones predeterminado, formal y rígido, lo que derivó en un estatuto extremadamente complejo y formalista<sup>552</sup>, que buscaba ser reflejo de la sede colonial originaria<sup>553</sup>. Este estatuto, preservado por más de un siglo y medio, hasta la dictación de las FRCP, ha sido el que, por demás, determinó que, como se analizó con precedencia, el derecho sustantivo se encuentre en íntima conexión con la regla procesal llamada a ponerlo en marcha<sup>554</sup>.

La Corte Suprema, en uso de las facultades conferidas por la legislatura federal, convocó (y convoca hasta el día de hoy, pues la facultad perdura hasta el presente, con no escasos reparos desde la sede legislativa federal desde sus comienzos<sup>555</sup>) un Comité Asesor compuesto por jueces, litigantes y académicos, cuya propuesta terminó por diseñar las normas que conforman la reglamentación en referencia.

El trabajo evacuado por el Comité Asesor en cumplimiento del encargo cometido por la Corte Suprema, diseñó las normas federales adjetivas teniendo como máxima, como se dijo, privilegiar las reglas de *equity* por sobre las estrictas y formularias normas sobre litigación atribuidas al *common law* que<sup>556</sup>, como se dijo,

---

<sup>550</sup> MEADOR (1995) p. 50. Se trata ésta de la conocida “Doctrina Erie”, cuya introducción tuvo or objeto evitar el “*forum shopping*” o elección discrecional de jurisdicción por parte de los litigantes.

<sup>551</sup> SUBRIN (1987) p. 970.

<sup>552</sup> El Código Field del Estado de Nueva York citado anteriormente, por ejemplo, nació hacia la primera mitad del siglo XIX con 350 artículos y terminó por contemplar, en el siglo XX más de 3.400 normas de procedimiento.

<sup>553</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 25.

<sup>554</sup> GARAPON ET AL (2006) p. 29.

<sup>555</sup> SUBRIN (1987) p. 996.

<sup>556</sup> CHASE (2005) p. 119.

era objeto de severos reparos por su falta de sencillez y eficiencia del proceso, presentando un escenario lleno de rigideces y tecnicismos, muy lejano al modelo de litigación en *equity*, que se distinguía por su flexibilidad y creatividad. Allí donde el *common law* aportaba precisión y certidumbre técnica, el litigio en *equity* ofrecía la plasticidad y sencillez que un medio imperado por el individualismo y, por lo tanto, demandante de resoluciones “a la medida” requería<sup>557</sup>. Esta particular forma de enlazar las dos vías de juzgamiento civil en los Estados Unidos fue la que le confirió al diseño, de hecho, el potencial de evolucionar sin la necesidad de una revolución en toda la línea<sup>558</sup>, por opinable que sea el sentido que dicho desarrollo ha adoptado.

En sus orígenes en el Reino Unido, la administración de justicia en *common law*, establecida desde tiempos inmemoriales con la finalidad de materializar una aplicación general y estandarizada del derecho por parte de los tribunales<sup>559</sup>, diseñó mecanismos altamente formalizados, con la precisa finalidad de evitar la discrecionalidad judicial a cuyos efectos se ideó la mecánica de la litigación mediante presentaciones previamente definidas (*writs*) que se vendían a los justiciables y que contenían tanto la acción como el derecho sustantivo que se pretendía aplicar y el remedio para la situación planteada, unificado todo bajo un solo rígido haz de pretensiones<sup>560</sup>. Esta oferta de justicia estatal se impartió como se dijo, en origen, en una orgánica diversa de la justicia en *equity*. Esta última nació para cubrir los vacíos que los inflexibles formularios del *common* no llegaban a alcanzar. Era por definición una justicia “para los intersticios”, informal, casuística, y administrada desde la sede denominada en *Chancery* (o de Cancilleres), nominados por la Corona para hacerse cargo de estos asuntos. Esta dicotomía perduró en el Reino Unido, de hecho, hasta fines del siglo del XIX, en tanto que en los Estados Unidos, en cambio, una institucionalidad generalizada implicaba que aparatos judiciales unificados conocieron de todas las materias, sin excepción, debiendo enfrentarse al desafío de conjugar un conjunto de reglas distintas para resolver las mismas cuestiones (no muy diverso a lo que ocurre hoy, como se verá), todo ello aderezado con un juicio adversarial que se ampliaba o restringía de acuerdo al estatuto invocado y, en definitiva, aplicado<sup>561</sup>.

---

<sup>557</sup> CHASE (2005) p. 131.

<sup>558</sup> DAMASKA (1997) p. 152.

<sup>559</sup> De orígenes rastreables incluso a la época de las invasiones normandas de 1066 y definida por la finalidad de emprender la unificación de los reinos sajones recién conquistados. Tras ello, se verifica un desarrollo unitario del *ius comune*. Así en GONZÁLEZ (2006) p. 380. Guillermo el Conquistador fue, de hecho, el último gobernante capaz de doblegar la resistencia británica y conquistar las islas que tras ello han permanecido, casi un milenio, inexpugnables a cualquier tipo de dominación foránea en su territorio metropolitano.

<sup>560</sup> ZUCKERMAN (2005) p. 144.

<sup>561</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 34.

Los comisionados, enfrentados a esta compleja dicotomía, profundizada por la estructura política federal, y en línea con la dogmática imperante en su época, representada principalmente por la evolución del trabajo verdaderamente germinal de Roscoe Pound<sup>562</sup>, conscientemente se inclinaron por la solución extrema del *equity*, confiando manifiestamente en un juicio adversarial casi sin restricciones y en extremo informal, de dominio partisano pleno, y de confianza en una discrecionalidad escasamente reglada del *establishment* judicial, al desestimar el establecimiento de instituciones destinadas a poner coto al mismo (discriminar por tipo de asuntos o imponer la responsabilidad del letrado patrocinante que suscribe las peticiones) y establecer otras de menor intensidad (*discovery*, juicios sumarios, gestión prejudicial) que perfilarían los contornos del litigio y que, sin embargo, naufragaron en su intento de hacerlo originando, entre otros fenómenos, una huida de la justicia estatal heterónoma<sup>563</sup>, ora en forma de SARC<sup>564</sup>, que se multiplicaron en diversidad y oferta a extremos nunca antes vistos<sup>565</sup>, ora de agencias estatales administrativas alejadas de poder judicial federal pero alentadas por éste<sup>566</sup>, las que no se encuentran dominadas por el acendrado adversarialismo que se impone en el litigio forense que, como la experiencia forense desarrollada a través de los años demostró, no tenía la capacidad de ofrecer una respuesta adecuada a la inabarcable gama de materias contenciosas que clamaban por atención<sup>567</sup>. Es por ello que, incluso en el origen, se reparó en que los redactores de las FRCP se apartaran del mundo forense real, creyendo que la simple eliminación de las complejidades procesales simplificaría, como consecuencia, las dificultades inherentes a la litigación o, como gráficamente explica un autorizado doctrinante: *“Si un grupo de navegantes, cansados de estudiar complejas cartas decidiese desecharlas y usar mapas más sencillos, no lograrían con ello desprenderse de las corrientes atmosféricas ni marinas a través de las cuales deben pasar o de los icebergs o los arrecifes que hallarán en su curso”*<sup>568</sup>.

Lleva razón la dogmática, por lo tanto, al describir que, hasta nuestros días, la mayor parte de las deficiencias e inconsistencias que presenta el adversarial estadounidense son atribuibles, con toda precisión, a la inclinación pro – *equity* reinante a la época de la dictación de las FRCP<sup>569</sup> y al fracaso de los intentos por

---

<sup>562</sup> Cuya ponencia en la conferencia de 1906 fue la piedra angular del proceso de reforma, al apostar por la postergación del procedimiento y de los innecesarios tecnicismos que importaba en pos de la aplicación más expedita de la regla sustantiva.

<sup>563</sup> SUBRIN (1987) p. 911.

<sup>564</sup> CHASE (2005) p. 68.

<sup>565</sup> GROSS ET AL (1996) p. 2.

<sup>566</sup> TARUFFO (2008) p.195.

<sup>567</sup> TARUFFO (2008) pp. 136,142.

<sup>568</sup> HALL (1927) p. 4 en SUBRIN (1987) p. 995.

<sup>569</sup> Ahondando en la denominada teoría “declaratoria” de la decisión de comienzos del siglo XX: TARUFFO (2008) p. 128.

alcanzar una solución armónica con el litigio más acotado y técnicamente más preciso propio del *common law*<sup>570</sup>, pues la asociación entre litigio en *equity*, juicio adversarial partisano con escasas, si no nulas, limitaciones y, por lo tanto, con la pasividad judicial es, en esta línea de razonamiento, directa<sup>571</sup>.

**2.3.3.-** La brevísima digresión histórica precedente resulta del todo necesaria a la hora de caracterizar el modelo adversarial estadounidense, pues la dualidad que presenta el litigio en base a *common law* y siguiendo los principios de la *equity* explica, entre otros fenómenos, la profunda raigambre cultural que presenta dicha arquitectura (recuérdese que esta dicotomía proviene desde tiempos incluso anteriores a la revolución de 1776), la manera en que el diseño vino a evolucionar dentro de un modelo adversarial heredado desde la metrópoli<sup>572</sup>, el sorprendente contraste que presenta con el medio del cual se originó<sup>573</sup> y, quizás lo más relevante de todo para los objetivos planteados, las raíces de la debilidades –no sólo descriptivas- que presenta el modelo y que generaron, como entidades destinadas a superar dichas falencias, aquellas herramientas e instituciones que se analizarán más adelante como funcionales a los procesos locales de reforma, precisamente por portar ellas desde sus propios orígenes, la característica de haber sido ideados como complementos necesarios y aún imprescindibles del juicio adversarial, el que es homologado sin más, especialmente en los Estados Unidos, al “*fair trial*” en la medida que se preserve a toda costa el contradictorio partisano. La justicia, en este último entendido, surgirá casi automáticamente de la observación de las reglas del litigio<sup>574</sup>, como movida por una suerte de “mano invisible” (no muy diversa de la que mueve el mercado, por cierto), de la aplicación rigurosa de las leyes reguladoras del debate y no de ponerse objetivos vinculados con el resultado del mismo<sup>575</sup>.

El juicio adversarial, por lo tanto, desde esta perspectiva, llevado con estricta observancia al catálogo de reglas del debido proceso que son parte inherente a las garantías fundamentales desde antaño, es la sola mecánica a través de la cual se puede obtener un resultado adjudicativo en sede heterónoma en forma equitativa y respetuosa del imperio del derecho<sup>576</sup>. Más aún, y este es un punto esencial para comprender en profundidad la pervivencia del diseño adversarial “extremo” en los Estados Unidos, amén de portar esta particular concepción del

---

<sup>570</sup> SUBRIN (1987) p. 979.

<sup>571</sup> TARUFFO (2008) pp. 153, 154.

<sup>572</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 25.

<sup>573</sup> CHASE (2005) p. 84.

<sup>574</sup> “La esencia del litigio adversarial es el procedimiento. Definimos la justicia en términos procesales: el enjuiciamiento por un tribunal competente, seguido por un juicio que sea procedimentalmente correcto”. GROSS ET AL (1996) p. 62.

<sup>575</sup> TARUFFO (2008) p. 49.

<sup>576</sup> TARUFFO (2008) pp. 50, 52.

rol que debe jugar el poder público, ciertos valores inmanentes, el juicio adversarial como tal, considerado como una unidad evaluable en abstracto, más que una herramienta, pasa a encarnar (bajo una óptica hoy objeto de múltiples cuestionamientos) un privilegiado valor *per se*, irrenunciable para el Estado de Derecho, muy lejano a simples consideraciones de eficiencia<sup>577</sup> y que da origen a la férrea defensa que, hasta nuestros días, impera en dicho medio aún ante los frecuentes y fundados cuestionamientos que se le formulan, originados en la evidente incapacidad del sistema de acoger la demanda de todos los grupos sociales, fenómeno éste que ha llevado incluso a sostener que lo existe en los Estados Unidos sería, en realidad, una suerte de “deificación” del adversarial, carente de racionalidad y defensor de fundamentos valóricos predicables más bien respecto de la ideología imperante en las décadas en que se implantó esta particular manera de entender el mismo, que las demandas que el moderno Estado democrático de derecho plantea a sus sistemas de resolución de conflictos<sup>578</sup>. El proceso judicial, en definitiva, se legitima en base al adversarial que es parte indisoluble del mismo, tautología que asienta buena parte de las críticas que se dirigen en su contra<sup>579</sup>.

El análisis de la raíz histórica del establecimiento del modelo parece enseñar, en este orden de reflexiones, que aún desde un comienzo de su gestación, se abrigaron severas aprehensiones en torno al hecho que las escasas medidas adoptadas para restringir los efectos perniciosos de un adversarial extremo, sin cortapisas, identificado como se dijo con el litigio en *equity* y con la pasividad judicial hermanada con la aceptación de su discrecionalidad<sup>580</sup>, se tornarían rápidamente insuficientes ante el uso que de las nuevas reglas hicieran los operadores forenses, concretamente, los abogados litigantes, largamente habituados a un litigio intenso, enfocado con un sentido estratégico, cuya flexibilización les ofrecería nuevas y útiles herramientas a ser llevadas a todos sus extremos<sup>581</sup>. Así ocurrió con el *discovery* ilimitado, por permitir las que ya entonces eran llamadas “*expediciones de pesca*”<sup>582</sup>, el hoy revigorizado juicio sumario, por no resultar de aplicación práctica<sup>583</sup> y la reunión prejudicial, por no limitar la disputa y quedar al amañó de los litigantes. Todas estas entidades fueron

---

<sup>577</sup> GROSS (1987) p. 742.

<sup>578</sup> TARUFFO (2008) p. 266.

<sup>579</sup> TARUFFO (2008) p. 52.

<sup>580</sup> Pasividad, por cierto, relativa, pues desde un inicio se le asignaron al juez, junto con la función adjudicativa tradicional, importantes deberes relativos a la conformación del jurado, supervisión y asesoría legal del mismo, así como control *in limine* de la legalidad de su veredicto: HAZARD ET AL (2006) p. 35, punto hacia el cual parecen converger las tendencias evolutivas del modelo adversarial alejando los conceptos de juez pasivo del de un juez neutral: TARUFFO (2008) p. 121.

<sup>581</sup> SUBRIN (1987) p. 980.

<sup>582</sup> OBERER (1987) p. 7.

<sup>583</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 137,138.

controvertidas desde su origen, principalmente por cuestionarse su rol potencial de limitar, en los hechos, el litigio irresponsable o carente de fundamentos jurídicamente atendibles<sup>584</sup>, y su incapacidad de dar cobertura a la pretensión institucional<sup>585</sup> de enderezar la averiguación de hechos surgida al abrigo del debate adversarial por cauces asimilables, de alguna manera, a una investigación emprendida al amparo del anhelado método científico<sup>586</sup>, reparo éste último que resuena con particular fuerza hasta el día de hoy<sup>587</sup>.

A estas fundamentales objeciones, se debe añadir la que se dirige contra la dominación, ya reseñada con anterioridad, del juicio estatal tradicional heterónimo por parte de los litigantes “privilegiados” y la manera como éstos eclipsan a quienes ocupan estratos inferiores de poder económico o político. Se refiere el primero de los conceptos a aquellos justiciables “habituales” o recurrentes<sup>588</sup>, que no ven obstaculizado su habitual acceso a la justicia estatal por motivos de costos o retardos revertidos, también, en costos inabarcables para el común de la población, generalmente identificados con litigantes corporativos, públicos o privados, pero que no siempre son tales<sup>589</sup>. Esta asimetría de poder, que se reproduce al interior del estamento de la profesión legal<sup>590</sup>, se traduce en la incapacidad del modelo de cubrir de manera eficiente sectores completos de la litigación que requieren un papel más activo del juez (quien cuenta, por demás, con un creciente arsenal de reglas que por lo mismo se expanden en la medida que se exacerba la intensidad del debate adversarial<sup>591</sup>), en defensa de bienes jurídicos que se definen como prevalentes, sumado a un rol en la modulación del proceso de convicción judicial (no necesariamente hermanado con la producción de la prueba), en extremo relevante en la litigación “pública” en que agencias estatales o federales son emplazadas.

Por último y como previsible consecuencia, se repara también en el abandono del juicio propiamente dicho, reflejado en los bajísimos porcentajes de asuntos que llegan a ser resueltos en sede heterónoma tradicional<sup>592</sup>, lo que a su vez supone posponer el resultado virtuoso que, se entiende, emergerá del debate adversarial, en pos del acceso a una solución de compromiso que, las más de las veces, se alcanza por motivos estratégicos de las partes y de la propia administración de

---

<sup>584</sup> SUBRIN (1987) p. 981.

<sup>585</sup> TARUFFO (2008) p. 1.

<sup>586</sup> SUBRIN (1987) p. 982.

<sup>587</sup> CHASE (2005) p.165.

<sup>588</sup> TARUFFO (2008) pp. 80, 92, 95: *“Equal justice under the law, but unequal justice under the lawyers”*.

<sup>589</sup> GROSS ET AL (1996) pp. 16,18.

<sup>590</sup> TARUFFO (2008) p. 92.

<sup>591</sup> DAMASKA (1997) p. 85.

<sup>592</sup> De cifras porcentuales que nunca superan la cifra única: GROSS ET AL (1996) p. 2.

justicia<sup>593</sup>, diseñados precisamente para sortear la incertidumbre y el deterioro económico que significará un proceso judicial seguido “por todo lo alto”<sup>594</sup> y, por lo mismo, profundamente criticada hasta nuestros días al implicar la renuncia a un producto “típicamente americano” de la litigación estatal tradicional en sede heterónoma<sup>595</sup>.

Esta crítica que, como se indicó, encuentra fundamentos reales, constatables en el propio proceso de establecimiento del estatuto que se objeta debe ser, sin embargo, matizada. Es perfectamente cierto que el juicio civil público, adversarial estadounidense es caro y, muchas veces, lento. Pocos podrían predicar que una relación eficiente costo/duración es uno de los atributos del mismo y a dicha opinión concurren tanto doctrinantes<sup>596</sup> como operadores forenses<sup>597</sup>. De hecho, la teoría económica del análisis del derecho, enfocada al proceso, dedica ímprobos esfuerzos a definir cuál es el nivel de litigación en que los costos sociales y privados de éste resultan más eficientes tanto para el erario público como para los particulares<sup>598</sup>, partiendo de la base, como se dijo, que el juicio es un producto oneroso, cuyo análisis paralelo de costos con el proceso de salidas alternas resulta imperioso<sup>599</sup>.

Con todo, y este es el hecho forense que debe ser considerado como necesario contrapunto de los argumentos que dan pie a las radicales críticas que, con particular fuerza a partir de la década de los 60 del siglo pasado se dirigen en contra del modelo adversarial de juzgamiento público y de la profesión legal como conjunto<sup>600</sup>, lo cierto es que en los Estados Unidos y en el Reino Unido en alguna menor medida, reconociendo el fenómeno que se viene de advertir, prácticamente

---

<sup>593</sup> CHASE (2005) pp. 144, 147 con referencia al entonces Procurador General R.H. Bork (más tarde candidato a la Corte Suprema Federal, rechazado por el Senado en ardua disputa) quien, en 1976, sostenía que: *“Como sociedad estamos tratando de aplicar la ley y los procedimientos judiciales en cada vez más aspectos de la vida, en un esfuerzo por garantizar a todos los ciudadanos hasta el derecho de menos importancia que idealmente debería poseer. Nos vemos abocados, creo, a la conclusión de que sólo una redistribución de las controversias entre los distintos tipos de tribunales, ofrece alguna esperanzas a largo plazo para el sistema judicial federal”*.

<sup>594</sup> Ya se recordaban en el capítulo anterior las palabras de Alexis de Tocqueville, en cuanto a que son escasos los asuntos de relevancia pública que, en los Estados Unidos, no llegan a radicar en sede judicial. Esta íntima imbricación entre política contingente y litigio, que no podemos desarrollar aquí en toda su amplitud explica, a lo menos en parte, el fenómeno de prevalencia del juicio adversarial tradicional, entendido éste como último dique de contención de las cuestiones de relevancia colectiva: HAZARD ET AL (2006) p. 64.

<sup>595</sup> TWINING (1993) p. 381.

<sup>596</sup> SHAVELL (2003) p. 1.

<sup>597</sup> GROSS (1987) p. 742.

<sup>598</sup> SHAVELL (2003) p. 4.

<sup>599</sup> SHAVELL (2003) p. 9.

<sup>600</sup> TARUFFO (2008) p. 97.

nadie litiga con sus propios recursos<sup>601</sup>. Ocurre a este respecto que el análisis empírico de la experiencia forense ha demostrado que, en la gran mayoría del pequeño porcentaje de casos que llegan a ser conocidos en un litigio adjudicativo estatal, la parte demandante se hace representar por un asesor letrado remunerado casi exclusivamente en base a resultados (*contingency fees*)<sup>602</sup> en tanto que los demandados cuentan, en un porcentaje también largamente prevalente, con seguros de responsabilidad civil<sup>603</sup>. De esta manera, la litigación civil, en realidad, se ventila entre patrimonios diversos de los directamente involucrados, lo que si bien puede producir una distorsión en torno a la manera en que los intereses reales son representados en juicio, se traduce también en un acceso generalizado (pero mediatizado) al proceso de resolución de conflictos.

En consecuencia, la crítica que se endereza en contra del adversarial basada en el predominio aplastante de los poderosos<sup>604</sup>, debe ser matizada con la realidad forense que se acaba de describir, lo que permite limitar el universo de personas que ven impedido su acceso al aparato judicial a quienes no llegan a contar con una asesoría letrada interesada en litigar contra resultados (algo escasamente explicable en un medio en que la población de abogados se empina por sobre el millón) por lo mezquina de la cuantía del asunto o por no tener un demandado cubierto por seguros como contradictor (o un ente público)<sup>605</sup>, colectivo que, sin embargo, cuenta con mayores posibilidades de ver satisfecha su necesidad de acceso al juicio merced a los sistemas asistenciales desarrollados en el medio norteamericano (*Legal Service Program*) e inglés<sup>606</sup> (*Legal Aid and Advice Act*)<sup>607</sup> que, incluso para los más ácidos críticos, resultan ser de una cobertura envidiable<sup>608</sup>, en su función de terminar, de alguna manera, en particular en estos

---

<sup>601</sup> GROSS ET AL (1996) p. 26.

<sup>602</sup> GROSS ET AL (1996) p. 15.

<sup>603</sup> GROSS ET AL (1996) p. 21.

<sup>604</sup> TARUFFO (2008) p. 101.

<sup>605</sup> SHAVELL (2003) p. 12.

<sup>606</sup> CAPPELLETTI ET AL (1996) p. 25.

<sup>607</sup> En fechas relativamente recientes, terminó de aplicarse en el Reino Unido una reforma legal que implicó el retiro de toda forma de ayuda legal en asuntos civiles, reemplazando estos mecanismos por la eliminación de la obligación de comparecer ante tribunales mediante representación letrada, dando origen a los así llamados "*litigants in person*" quienes recurren ahora directamente al juez a cargo del asunto en busca de asistencia legal en forma, incluso, de averiguación oficiosa de los hechos. Se ha objetado, con justa razón, que se introduce un sistema inquisitivo que ni siquiera en los ordenamientos continentales existe ya y que, además, compromete de manera inevitable la imparcialidad judicial. Así en ZUCKERMAN (2018) p. 3-11.

<sup>608</sup> "...(*estos mecanismos*) constituyen el nivel más avanzado logrado hasta ahora en los ordenamientos de los países capitalistas en materia de asistencia judicial a los pobres. Es justamente un nivel excepcional para quien lo mire desde la posición de abismal atraso en el que todavía se halla el problema del patrocinio gratuito en nuestro país, donde hasta ahora han fallado todas las tentativas por salir de una situación escandalosa". TARUFFO (2008) p. 57.

ordenamientos, con la que se había dado en llamar la “batalla judicial de las billeteras”<sup>609</sup>.

Presenta el adversarial angloamericano, por lo tanto, una serie de mitigaciones, muchas de ellas endógenas, que atenúan de manera importante los reparos que se dirigen en su contra, todo lo cual conforma un complejo escenario que es preciso analizar en su propio mérito a fin de obtener de este proceso el producto que se busca para el ejercicio comparatístico que se pretende.

**2.3.4.-** Sin perjuicio de lo que se lleva expuesto hasta acá sobre cómo se han enderezado, y se dirigen aún, fundados (y frondosos) reparos a la manera como el adversarial se entiende en el medio angloamericano y los bemoles que dichas críticas presentan y, quizás por esto último, no debe resultar extraño que se sostenga, por otra parte, y con no poca razón, que el modelo actualmente en operación, con su herencia de debilidades y virtudes, sea el que, precisamente, asegura la pervivencia del juicio estatal de corte adversarial<sup>610</sup>. Es éste un aserto que inviste autoridad, por cuanto debe tenerse en cuenta la, por decir lo menos, curiosa situación que se da al constatar que un sistema judicial tan elaborado (y poblado) como el estadounidense, sencillamente no cuenta con la capacidad de ofrecer a la inabarcable totalidad del universo de interesados, en un medio caracterizado precisamente por su extrema litigiosidad<sup>611</sup>, una salida a su conflicto traducida en un juicio partisano adversarial y, por añadidura, con jurado.

Ahora bien, dado que el conjunto de soluciones que se ofrecen en el camino hacia el juzgamiento forman, todas ellas, parte indisoluble de aquellas que el ordenamiento presenta al interesado<sup>612</sup>, sólo cabe concluir que el sistema se “auto – protege” (nuevamente por obra de una “mano invisible” que ya no lo es tanto<sup>613</sup>), manteniendo de esta manera los niveles de litigio estatal tradicional adjudicativo en rangos que su propia estructura sí es capaz de cubrir, teniendo presente que la solución anticipada de un conflicto determinado, las más de las veces, implica liberar recursos de toda clase para atender al litigio que “sigue en la fila”, consideración ésta que, por demás, forma parte de los conceptos que expresamente estructura el “*overriding objective*” de las CPR británicas<sup>614</sup> y también de nuestros propios procesos de reforma, como se analizará más adelante.

---

<sup>609</sup> SUBRIN (2002) p. 305.

<sup>610</sup> GROSS (1987) p. 754.

<sup>611</sup> GROSS ET AL (1996) p. 3.

<sup>612</sup> Con cita a HAZARD, SUBRIN (2002) p. 309.

<sup>613</sup> TARUFFO (2008) p. 165.

<sup>614</sup> ANDREWS (2013) p. 8.

Por otra parte, resulta preciso desarrollar la noción que un número creciente de aquellos sistemas alternos de resolución de conflictos, de mayor o menor intervención judicial estatal heterónoma, que se van abriendo como alternativas al juicio tradicional en el medio angloamericano responden, en medida variable pero siempre presente, a una presencia gravitante, si no decisoria, del enfrentamiento adversarial de partes<sup>615</sup>, inserto esta vez en la etapa pre-judicial del litigio cuya importancia central se enfatizará en seguida.

Ello explica, de hecho, que en los Estados Unidos un crecido porcentaje de aquellos asuntos que abandona la senda de la resolución judicial heterónoma o tradicional adjudicativa, lo hace durante el desarrollo del proceso intermedio de *discovery*, institucionalidad que ha revelado en toda su extensión su virtud inmanente de otorgar a los interesados un estatuto de información que les permite adoptar una decisión en pleno conocimiento de las fortalezas y debilidades de su caso<sup>616</sup>. En suma; no por el hecho de ser resuelto un asunto en sede pre o antejudicial tradicional, deja de ser, esa salida, producto de un enfrentamiento adversarial más o menos formal que, por lo mismo, preserva su potencial descriptivo, aún cuando la intensidad del debate aumente o disminuya en función del punto en el cual se abre la negociación hacia la salida alterna.

Cuando se sostiene, por lo tanto, que el adversarial se encuentra atravesando, en los Estados Unidos especialmente, por una profunda crisis, cuyos orígenes hunden por demás sus raíces profundo en la génesis del estatuto imperante, no se está postulando, en paralelo, que dicho modelo haya perdido su capacidad caracterizadora. Antes bien, debe entenderse que son las nuevas modulaciones del mismo las que toman la vanguardia en dicha función, diseñando el futuro, tanto del juzgamiento estatal, como de las salidas alternativas de las que los ordenamientos del *common law* han sido campo fértil, en cuyo contexto se vienen introduciendo, también, importantes porciones de ingerencia judicial activa, las que dirán relación no sólo con los procesos de prueba sino con la introducción del modelo de gestión judicial<sup>617</sup>. Disentimos, por lo tanto, de los doctrinantes que sostienen que el modelo adversarial ha perdido capacidad de caracterizar el ordenamiento angloamericano<sup>618</sup>, toda vez que los componentes que conforman aquél se pueden hallar, también, en las fases preparatorias del litigio y aún en la opción que encaminen los interesados hacia una determinada salida alterna negociada<sup>619</sup>.

---

<sup>615</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 110.

<sup>616</sup> SUBRIN (2002) p. 301.

<sup>617</sup> MEADOR (1995) p. 7.

<sup>618</sup> Por todos: TARUFFO (2006) p. 80.

<sup>619</sup> GROSS ET AL (1996) p. 27.

Y esto es así por cuanto resulta en extremo difícil, en realidad, sobre enfatizar la importancia que tiene, para el aparato político estadounidense, la preocupación por una continua modernización evolutiva de su proceso civil adversarial de dominio de partes: esta es la sede que, por definición, se ofrece a los ciudadanos para controvertir las decisiones políticas y administrativas<sup>620</sup>, e incluso para obtener la aplicación de los programas sociales o de intervención administrativa de una forma u otra<sup>621</sup>, prescindiendo de otras formas de canalizar estas pretensiones que, en el medio continental, se identificaría con una salida que atienda a nociones de deferencia legislativa o administrativa.

De esta suerte, no resulta en absoluto aventurado sostener enfáticamente que el adversarial estadounidense engendra en su propia crisis, que por cierto existe, particularmente en el ámbito que se viene describiendo<sup>622</sup>, su propia pervivencia, ya que del éxito de este proceso pende buena parte del control jurídico de la actividad de la administración e incluso de las legislaturas estatales<sup>623</sup> y federales<sup>624</sup>. La preservación de la libertad individual y de los estamentos sociales intermedios frente a la autoridad centralizada, en extremo cara para los ciudadanos estadounidenses, se encuentra, por tanto, en una relación de proporción directa a la de la optimización del juicio adversarial partisano<sup>625</sup>, de manera tal que, por reducido que sea el número de casos que, en definitiva, llegan a la sede estatal heterónoma adjudicativa<sup>626</sup>, su presencia y rol prevalentes resultan sustanciales a la cultura jurídica y política norteamericana, y así lo ha demostrado su evolución histórica<sup>627</sup>, de la mano con un siempre presente debate en torno al rol que le corresponde asignar a la justicia estatal en este contexto<sup>628</sup>.

El desafío principal en este ámbito, desde la perspectiva del observador del *civil law* que pretende, como es el caso, emplear el juicio adversarial y, dentro de su arquitectura, la particular, y muy compleja<sup>629</sup>, distribución de poderes que se

---

<sup>620</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 63.

<sup>621</sup> SUBRIN (2002) p. 310.

<sup>622</sup> TARUFFO (2008) p. 141.

<sup>623</sup> MEADOR (1995) p. 23.

<sup>624</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 66.

<sup>625</sup> MURPHY (1973) p. 1.

<sup>626</sup> GROSS ET AL (1996) p. 3.

<sup>627</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 72, con cita a casos tan emblemáticos como "*Marbury vs. Madison*" y "*Brown vs. Board of Education*", cubriendo casi dos siglos de vida republicana.

<sup>628</sup> TARUFFO (2008) p. 143.

<sup>629</sup> MEADOR (1995) pp. 53, 54. Este autor, ejemplifica esta particular dificultad proponiendo como ejemplo un asunto civil relativamente sencillo, en que se ven involucrados ciudadanos de tan sólo dos Estados de la Unión. Bosqueja de esta manera como pueden concurrir hasta seis jurisdicciones "naturales" distintas, sedes que, a su vez, pertenecen a distintas estructuras jerárquicas jurisdiccionales que determinan un cauce recursivo diverso, unificados todos sólo en la cúspide por la Corte Suprema Federal que, sin embargo, como es sabido, ejerce una jurisdicción en extremo selectiva. Esta jurisdicción concurrente y frecuentemente sobrepuesta no debe llamar,

verifica entre la judicatura estatal, la institucionalidad federal, y las partes, como elemento distintivo, característico del enjuiciamiento civil angloamericano en general y estadounidense en particular, radica pues, en buena medida, en dar buena cuenta de esta crisis permanente, que penetra toda la institucionalidad jurisdiccional del *common law*: por una parte el proceso civil adversarial como canal privilegiado de transmisión de los hechos debatidos a la sede judicial, base cognoscitiva preferida para el juzgamiento de los mismos y, por otro, la forma en que las debilidades evidentes del mismo han alterado dicha arquitectura y los extremos forenses de su aplicación pero que a la vez han representado, como se sugirió, la “tabla de salvación” del propio sistema judicial público<sup>630</sup> y de los valores que éste, especialmente a los ojos del operador estadounidense, porta<sup>631</sup>, sin perder de vista la profunda convicción cultural en torno a la preferencia de la disposición privada por sobre el control público en todo género de materias, incluyendo la controversia<sup>632</sup>.

## **2.4.- El modelo de juicio bifásico, ¿O lo que resta de él?**

**2.4.1.-** Llegado este punto de las reflexiones desplegadas con la finalidad de caracterizar aquellos rasgos puedan que predicarse de manera universal respecto del modelo de juzgamiento heterónimo civil angloamericano, parece necesario señalar, como un corolario ineludible de dicho discurso, el modelo bifásico del juicio como elemento distintivo de los estatutos que sirven como objeto de comparación.

Entenderemos básicamente por modelo bifásico de juzgamiento, aquél que concentra sus actos procesales en dos etapas principales, una de preparación del juicio propiamente tal, en la que se concentran todos los actos vinculados a la fase de discusión y, en lo que interesa a esta investigación, el ofrecimiento y revelación de los antecedentes de convicción, los que no necesariamente llegaran a desarrollarse en la segunda fase o etapa (o módulo)<sup>633</sup> en forma de prueba. Es en la segunda etapa en la que se ventila el juicio propiamente dicho ante los

---

sin embargo, a sorpresa, pues responde, como se dijo, a la existencia de dos estructuras judiciales paralelas y, también, concurrentes en muchas materias que enraízan profundo en la cultura judicial estadounidense, funcional a una repartición federal de poderes que, en realidad, no conoce parangón ni siquiera en los países que comparten dicha estructuración política o tradición jurídico cultural. Así en CHASE (2005) p. 84.

<sup>630</sup> *“El sistema es malo, pero no debe ser motivo de alarma. Las estructuras principales del juicio (prueba partisana, juicio por jurados, honorarios contra resultados y seguros de responsabilidad), todas ellas, se ensamblan para transformar al juicio en el evento peligroso que necesitamos presentar para conducir a casi todos los interesados al compromiso (como alternativa al juicio):* GROSS ET AL (1996) p. 64.

<sup>631</sup> TARUFFO (2008) pp. 266, 267.

<sup>632</sup> GROSS ET AL (1996) p. 4.

<sup>633</sup> TARUFFO (2006) p. 79.

juzgadores de los hechos y del derecho, llamada a cerrar con la sentencia tradicional adjudicativa<sup>634</sup>. Este modelo resulta ser, por demás, una derivación de un diseño más global, identificado con aquél que se estructura en base a módulos o secciones, relativamente independientes<sup>635</sup> y que parece imponerse en los procesos de reforma en curso en nuestro medio, reactivo al modelo tradicionalmente imperante en el medio continental romano canónico de juicio estructurado en base a múltiples fases preclusivas no concentradas sino que “lineales”<sup>636</sup>, en que tan pronto se avanza a un estadio determinado, es posible volver sobre los pasos del anterior y revisar lo que allí se ha desarrollado, bien que cabe resaltar que, así como en el medio del *common law* se verifican notables divergencias entre el diseño estadounidense y el inglés de juzgamiento estatal adjudicativo civil, otro tanto ocurre en el medio del *civil law*, al que tampoco resulta posible identificar un modelo del todo unitario y homogéneo<sup>637</sup>.

Resulta perfectamente concordante y consecuente con lo que se ha venido sosteniendo en párrafos precedentes, relevar la profunda incidencia que, para el modelo adversarial angloamericano, reviste la etapa inicial, o de antejuicio (*pre-trial*). Dado que la etapa de juicio tiene como exclusivo objeto conocer de la prueba y resolver en torno a ella, se entenderá, por lo tanto, que esta debe ser presentada como un insumo ya preparado para su adecuada ponderación por los juzgadores de los hechos, esto es, como un elemento sobre el cual resulte posible desarrollar el proceso epistémico sin más aditamento que la forma en que las defensas decidan presentarlas, sin perjuicio, claro está, de las potestades que los ordenamientos progresivamente le han entregado al juzgador estatal en este sentido y que, sin embargo, relativamente poco tienen que decir en torno a la producción de los elementos de convicción. Con todo, el rol que asume el juez en relación con la prueba viene a ser, aún, un diferenciador relevante entre los modelos continental y del *common law*, pues mientras en el primero se mantiene la figura tradicional del juez como un experto en la determinación de hecho y de derecho, en éste el juez ve limitada su función a la segunda de las indicadas, pues la definición de los hechos se trivializa hasta el extremo de ser posible (y deseable) su entrega a juzgadores legos. La que ha sido dada en conocer como la “probática” o ciencia de la prueba resultará, por tanto, ser extraña al medio

---

<sup>634</sup> La teoría económica del proceso identifica, con todo, una etapa previa, precedente a la preparación del juicio, que corresponde a aquella durante la cual el interesado toma la decisión de activar el aparato judicial: SHAVELL (2003) p. 1. Dado que se trata de una fase exorbitante al proceso, radicada en las negociaciones privadas pre – judiciales, no se le tratará acá como elemento estructurante del juicio público tradicional.

<sup>635</sup> VIAL (2006) p. 707.

<sup>636</sup> TARUFFO (2006) p. 83.

<sup>637</sup> TARUFFO (2006) p. 84.

angloamericano, en que tanto juez como jurado son aficionados en la ponderación de la prueba<sup>638</sup>.

Esta fase inicial, o de *pre-trial*, precisamente como consecuencia del ofrecimiento y del debate de antecedentes que expliciten la evidencia propia y adversaria, en la que se concentran típicamente las mociones de inadmisión de la misma ("*motions*")<sup>639</sup>, ofrece, como necesario sub-producto, si se quiere (pero no por ello menos relevante), la revelación, más o menos directa, para las defensas, de las fortalezas y debilidades del sustrato fáctico que sustenta la pretensión del contradictor y la manera en que éste pretende enmarcar las mismas en el contexto jurídico invocado de forma más o menos genérica lo que, a su vez, explica el fenómeno que actualmente impera casi sin contrapesos en los ordenamientos tanto estadounidense<sup>640</sup> como británico<sup>641</sup>: el grueso de los litigios que llegan a ser encauzados a través de procesos de juzgamiento estatal heterónimo, ora optan en esta etapa por una salida alterna, ora concluyen con una negociación directa entre partes, muchas veces auxiliado por un juez que asume un rol activo en la gestión del litigio en esta fase<sup>642</sup>. Este proceso permitirá que las partes, de manera casi matemática, logren tener ante sí, como consecuencia de este análisis anticipado del peso de los elementos fundantes de las alegaciones propias y contrarias, un acabado cuadro de las posibilidades reales de éxito que se plantarán ante sus pretensiones de arribar a la etapa siguiente<sup>643</sup>.

En esta última línea de razonamientos, cabe consignar, de la mano de los doctrinantes, la siguiente reflexión: como regla generalmente aplicable al litigio civil, o al menos a aquellos que resultan característicos del medio estadounidense<sup>644</sup>, se ha sostenido que, por una parte, la base de las pretensiones del demandante nunca será inferior a la última oferta (que bien puede ser igual a cero) formulada por el demandado en esta etapa de negociaciones antejudiciales, en tanto que la línea de defensa partirá precisamente en el mismo punto pero en sentido opuesto, es decir, en la última propuesta que se le ha formulado al actor. Si éste acepta, en esta línea, una

---

<sup>638</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 95.

<sup>639</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 134.

<sup>640</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 239.

<sup>641</sup> DE PRADA ET AL (2014) p. 131.

<sup>642</sup> TARUFFO (2006) p. 78.

<sup>643</sup> SORABJI (2013) p. 298, con cita jurisprudencial en torno a la relevancia de esta fase: "*Cualquier (mecanismo) que facilite a las partes la apreciación de las verdaderas fortalezas y debilidades de sus posiciones en la etapa más temprana posible del proceso y al mismo tiempo, les habilite para emprender una discusión en términos de plena información y realismo, diseñadas para alcanzar soluciones consensuadas de la disputa, cae de lleno en el interés público (del proceso)*", juez Donaldson en "*Naylor v. Preston Area Health Authority*", 1987.

<sup>644</sup> GROSS ET AL (1996) p. 6.

prestación igual o inferior a esta última, por mera conclusión lógica el demandado no tendrá interés alguno en llegar a juicio. Si el demandante, a su turno, obtiene una oferta igual o superior a la última pretensión manifestada, perderá progresiva y rápidamente todo interés por incoar el proceso<sup>645</sup>. Este muy sencillo juego de lógica (casi) algebraica es que la que ha dado pie, por lo demás, al amplio desarrollo de teorías de análisis económico del proceso<sup>646</sup> y al uso de modelos polinómicos complejos para evaluar las posibilidades de éxito (o fracaso) de las defensas<sup>647</sup>, y su resultado será el que determine el destino de las negociaciones<sup>648</sup>. *Contrario sensu*, la asimetría en la información producto, entre otras causas, de la escasa importancia entregada a este proceso en la etapa de *pre-trial* conduce a niveles de litigación largamente superiores a los racionalmente esperables, lejanos a lo que el análisis económico del derecho denomina como el nivel “socialmente aceptable”<sup>649</sup> sin que éste sea, en todo caso, un concepto monopolio por esa escuela de pensamiento, pues es posible identificarlo, por ejemplo, tras la instauración del “*overriding objective*” materializado en las reformas a las CPR inglesas de 1999<sup>650</sup>.

Este complejo conjunto de intercambio de información, originalmente destinado a perfilar de la mejor forma posible las pretensiones que las partes formularán en la etapa de juicio, en beneficio del juzgador de los hechos y eliminar, por otra parte, las eventuales asimetrías de información que durante él se pudiesen verificar<sup>651</sup>, ha implicado como resultado, en definitiva, la potenciación de la fase *pre-trial*, al extremo que operadores y doctrinantes de uno y otro medio lleguen a afirmar que,

---

<sup>645</sup> GROSS ET AL (1996) p. 27.

<sup>646</sup> SHAVELL (2003) p. 2.

<sup>647</sup> BONE (2013) p. 303.

<sup>648</sup> HAZARD ET AL (2006) pp. 138, 139.

<sup>649</sup> SHAVELL (1999) p. 101.

<sup>650</sup> DE PRADA ET AL (2014) pp. 10, 11. El estatuto en cita, establece como metas orientadoras del “*overriding objective*”, en línea con el establecimiento del nivel socialmente óptimo de litigación, las siguientes:

- a.- Asegurar que las partes estén en igualdad de condiciones,
- b.- Ahorrar costos,
- c.- Resolver el caso en forma proporcional en relación con:
  - i.- La cuantía del procedimiento,
  - ii.- La importancia del caso,
  - iii.- La complejidad del asunto y
  - iv.- La posición financiera de cada parte.
- d.- Asegurar que el caso se resuelva sin dilación y equitativamente, y
- e.- Destinar una cantidad apropiada de los recursos del tribunal, teniendo en consideración los recursos asignados a otros casos.

La armonía entre las directrices que dibuja el *overriding principle*, consagrándolas expresamente y la inspiración de los niveles de litigación óptimos desde la perspectiva del análisis económico del derecho se hace, así, evidente.

<sup>651</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 129.

efectivamente, en el modelo de juzgamiento angloamericano, las actuaciones realmente relevantes de la litigación se verifican, en verdad, antes del juicio<sup>652</sup>. Prueba de esto último, es que el grueso de los pleitos se resuelve en el curso de esta fase, al extremo que el número de asuntos que pasarán a la siguiente es, realmente, mínimo<sup>653</sup>, pero no por ello menos relevante en su individuación, y todo ello sin dejar de tomar debida nota que en estas consideraciones no se está centrando la mirada, tampoco, en el crecido número de asuntos que alcanzan resolución antes de haber puesto un pie (o, mejor dicho hoy, un *bit* de información) al interior del proceso de adjudicación estatal y que constituye la “cifra negra”<sup>654</sup> que impera hoy en el medio angloamericano, atribuible no al efecto directo de los SARC sino que a la negociación privada, primigenia, entre los abogados de las partes.

**2.4.2.-** Se impone así con particular fuerza, especialmente en el medio estadounidense y algo más atenuado en el inglés, un diseño predeterminado de demanda y de defensa, afinado precisamente en la etapa del *pre-trial*, el que simplemente se aplica en la fase de juicio. De hecho, aún los litigantes “habituales”, para mantener en pie la potenciación de la amenaza de llegar a juicio, con los costes y tiempo que ello implica, deben necesariamente dejar de lado, en algunos casos, las consideraciones estrictamente económicas y llegar, efectivamente, por motivos simplemente estratégicos de disuasión, a un juicio modelado de esta forma<sup>655</sup>. Esta práctica será la que demostrará que el litigante “habitual” es también comúnmente el triunfador<sup>656</sup> y se empleará como poderosa herramienta de negociación de la fase antejudicial. Ante esta experiencia, es necesario recordar, sin embargo, que supone esta última, en realidad, un *adversary* llevado al extremo de sus capacidades, bien que infiltrado por entidades originalmente desconocidas<sup>657</sup> para el adversarial puro, como el *amicus curiae*<sup>658</sup> o la *judicial notice*<sup>659</sup>.

---

<sup>652</sup> TARUFFO (2006) p. 80.

<sup>653</sup> MEADOR (1995) p. 5.

<sup>654</sup> Dificilmente cuantificable, pero al menos igual a la totalidad de los casos que se resuelven en sede alterna: GROSS ET AL (1996) p. 63.

<sup>655</sup> GROSS ET AL (1996) p. 55.

<sup>656</sup> TARUFFO (2008) p. 80.

<sup>657</sup> TARUFFO (2006) p. 138.

<sup>658</sup> Asesoría directa a la sede judicial materializada en consejeros no remunerados, generalmente jueces retirados de la carrera e inscritos con tal fin en entidades de la autoridad del *Federal Judicial Centre* o incluso propuestos por la *American Bar Association*.

<sup>659</sup> El juez, en la etapa *pre-trial* da a conocer a las partes que ciertos hechos tienen el carácter de lo que en el medio continental se conoce como “hecho público y notorio” y permite la apertura de debate sobre el punto, entendiendo que debe privilegiarse la bilateralidad ante el establecimiento de sustratos fácticos que pueden pasar a formar parte de la *ratio decidendi*.

Consecuentes con esta fundamental línea de razonamiento sostendremos, además, que resulta cuando muy menos cuestionable que se afirme que los fenómenos que se vienen describiendo (prevalencia de la fase *pre-trial*, volumen numérico de asuntos que se cierran antes de llegar a la etapa de juicio), impliquen necesariamente un debilitamiento del *adversary* o que la fase del *trial* llegue a ser borrada por la preponderancia del *pre-trial*<sup>660</sup>. Muy por el contrario, y esto resultará válido tanto para el modelo inglés post – CPR como para el estadounidense, todo el desarrollo de la fase antejudicial no hace sino relevar, punto por punto, la preponderancia del adversarial de dominio de los litigantes, como herramienta básica del desarrollo del litigio, por una parte y por otra, pone de relieve que la pervivencia del juicio propiamente dicho, constituye la herramienta de negociación por excelencia que prima en aquella primera fase.

En definitiva, lo cierto es que la caracterización del modelo angloamericano no puede abandonar la arquitectura bifásica del mismo, poniendo acento, es verdad, en el hecho que los mismos mecanismos que el sistema ha generado para resguardar su propia pervivencia, entregan una preponderancia forense, operativa, al *pre – trial*<sup>661</sup>, que no por ello borra la relevancia de la etapa de juicio, fenómeno que, nuevamente, es imprescindible considerar en su amplia envergadura para el análisis de las instituciones que se identificarán a continuación y, en términos más generales, por cualquier proceso de reforma que se proponga, como norte, dar preponderancia al modelo judicial adversarial.

Explica ello también, por demás, la promoción pública del desarrollo de la fase antejudicial, mediante diversos mecanismos que radican en ella, apuntados todos a la salida precoz del litigio, tanto en sede inglesa como estadounidense<sup>662</sup>, bien que en este último caso dicha especial atención se explica, además, como una consecuencia lógica de lo poco característico de los casos que llegan a resolverse mediante una sentencia adjudicativa tradicional. Dado que éstos no conforman sino una proporción ínfima del universo de cuestiones que ingresan a sede judicial estatal o federal, lo cierto es que ellos no portan los rasgos distintivos de la proporción de asuntos que, de manera preponderante, se resuelven en la fase previa<sup>663</sup>. Es por ello que las reformas o modificaciones legales que centraran la atención de manera exclusiva o prevalente en los casos que sí llegan a ser resueltos por una sentencia adjudicativa tradicional asumiría, luego, una óptica errada.

---

<sup>660</sup> Por todos: TARUFFO (2006) p. 81.

<sup>661</sup> VIAL (2006) p. 708.

<sup>662</sup> TARUFFO (2006) p. 80.

<sup>663</sup> GROSS ET AL (1996) p. 63.

**2.4.3.-** Contribuirá, por fin, en abono a la persistencia del modelo bifásico, la consideración, no pocas veces preterida, de la importancia que revisten los móviles no económicos para los litigantes, que identificaremos acá como el “*día en la Corte*”.

El derecho al “*día en la Corte*” enlaza, desde luego, con los procesos de producción judicial de la prueba: sólo a través de la audiencia pública, adversarial y partisana, bajo alguna técnica de presentación que contemple el contra examen como herramienta privilegiada, se puede llegar a establecer los hechos con un nivel de certeza capaz de lograr convicción. Así se explicó con precedencia.

Sin embargo, la entidad del “*día en la Corte*” responde, además, a la satisfacción de intereses públicos prevalentes de los litigantes, pues es éste el mecanismo a través del cual se ofrece a los mismos una resolución pública y formal de la contingencia que les afecta, rastreable, de hecho, a los orígenes Benthamianos de la estructuración del proceso y de legitimación política del mismo<sup>664</sup>. De hecho, en un contexto que de continuo recela de la intervención pública en la vida privada, muchas veces el juicio constituirá el único vehículo a través del cual se obtiene la ingerencia estatal en ésta<sup>665</sup>, y ello explica, por ejemplo, la relevante proporción de los demandados que se identifican con alguna agencia o autoridad pública<sup>666</sup>.

La preponderancia de la convicción de que el “*día en la Corte*” concentra en sí la verdadera garantía de acceso a la judicatura estatal y que se encuentra afecto a los más básicos valores del Estado democrático de derecho, alcanza a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema<sup>667</sup>, misma que le otorga una entidad superior a otras instituciones que, para el operador continental, revisten una autoridad cercana a la intangibilidad, como ocurre paradigmática y principalmente con la cosa juzgada. Enfrentada a la dicotomía entre la preclusión de los derechos del litigante y la potestad de éste de requerir la intervención del juzgador estatal heterónimo, la doctrina de los jurisdicentes, especialmente estadounidenses, se ha inclinado, sin ambages, por la segunda<sup>668</sup>, lo que da una fundada idea de la relevancia que “*el día en la Corte*” y con ello, la segunda fase del juzgamiento, tiene en el medio angloamericano que, por lo mismo, termina por conformar una arquitectura característica del mismo y del tercer elemento caracterizador del juicio estatal heterónimo bajo los estatutos del *common law*.

---

<sup>664</sup> RESNIK (2013) p. 100.

<sup>665</sup> GROSS (1987) p. 745.

<sup>666</sup> GROSS ET AL (1996) p. 18.

<sup>667</sup> TARUFFO (2008) p. 248.

<sup>668</sup> BONE (2013) p. 268.

### CAPÍTULO III. AL RESCATE DEL JUICIO ADVERSARIAL: EL ESTATUTO DE INFORMACIÓN DEL LITIGANTE (*DISCOVERY* Y *DISCLOSURE*), LOS SISTEMAS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (SARC/ADR) Y LA GESTIÓN DEL LITIGIO (*MANAGERIAL JUDGMENT*).

#### 1.- Mitigando los excesos del adversarial: Concepción e inserción de las herramientas de contingencia.

1.1.- En el desarrollo del capítulo precedente, junto con la tarea de emprender la caracterización del estatuto judicial civil estatal angloamericano, a través de las entidades e instituciones que se seleccionaron por considerárseles como portadoras de una particular potencialidad distintiva del mismo (juicio por jurados, modelo adversarial partisano “puro” y estructura bifásica del sistema, vinculadas todas por un hilo conductor identificado con la presentación y producción predominantemente de la prueba judicial<sup>669</sup> que, con buena razón, son llamados proceso de hallazgo de los hechos<sup>670</sup>) y debido precisamente a ello, fue posible relevar, en paralelo, las principales debilidades que la aplicación extendida e irrestricta del modelo trajo consigo y que condujo, en definitiva, a una verdadera “huída” del juicio estatal. Este ejercicio reviste profundo interés para los objetivos planteados en la presente investigación pues, tal y como se indicó, fue la detección de aquellas debilidades e inconsistencias la que dio origen al diseño y aplicación de ciertas entidades o “artefactos procesales<sup>671</sup>” que, de manera más o menos explícita, tienen o han tenido por objeto y virtud superar, precisamente, los antedichos puntos críticos y apuntar a los objetivos perennes de la justicia estatal, cristalizados en la preservación de la calidad y eficiencia en la adjudicación heterocompositiva, que permite, por demás, legitimar la pervivencia de sus instituciones<sup>672</sup>.

El ejercicio desarrollado hasta acá presta, por lo tanto, una doble utilidad, pues por una parte permite distinguir los rasgos jurídico - culturales característicos del modelo de enjuiciamiento civil estatal imperante en el medio del *common law* y por otra, abre el camino a perfilar las herramientas concebidas para eliminar los nudos críticos que el mismo presenta, disquisición esta última de particular interés en nuestro medio. Dado que el diseño del juicio estatal civil que se aboga incorporar al Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil chileno se estructura en base a una arquitectura modular bifásica<sup>673</sup>, de rasgos preponderantemente adversariales y dispositivos que buscan un equilibrio racional con las potestades de la sede

---

<sup>669</sup> DAMASKA (1997) p. 75.

<sup>670</sup> WEIS (1992) p. 1390.

<sup>671</sup> TWINING (1993) p. 387.

<sup>672</sup> WEIS (1992) p. 1398.

<sup>673</sup> PALOMO (2006) p. 455.

jurisdiccional estatal<sup>674</sup>, coincidente por lo tanto, en buena medida, con el camino recorrido por el proceso civil angloamericano, resulta de manifiesta utilidad e interés a los fines planteados analizar con cuidada detención aquellos recursos a los que estos ordenamientos han echado mano para superar los obstáculos que, inevitablemente, han surgido a lo largo de su muy extendida historia, atribuibles, por demás, a elementos casi genéticamente enraizados en la estructura de aquél<sup>675</sup>, ácidamente criticados, por demás, por parte de la dogmática continental reformista<sup>676</sup>. Dado que se trata de ingenios diseñados y aplicados por largo tiempo para optimizar la impartición de justicia en el contexto adversarial bifásico, no estimamos que su análisis desde la perspectiva del nuevo proceso civil chileno, como se analizará en los capítulos que siguen, presente alguna suerte de problema de coherencia o que implique la asunción de alguna suerte de barrera cultural difícil de franquear por el escaso conocimiento que se tendría de sus instituciones<sup>677</sup>. No existe en realidad, como se indicó en apartados precedentes, motivos para sostener que algunos modelos comparados (principalmente el español) tendrían alguna suerte de “superioridad cultural” implícita, desde la perspectiva nacional, a los que provienen de sede angloamericana<sup>678</sup> si se considera, como se dijo con precedencia, que muchas veces las supuestas diferencias culturales terminan siendo vasos comunicantes entre sistemas jurídicos, por una parte y, por otra, que la debida atención a los recursos empleados en el ordenamiento mencionado señala, también, los remedios empleados para atemperar los excesos que pueda advertirse en la operación de una determinada herramienta<sup>679</sup>.

**1.2.-** Es cierto, cabe advertir, que resulta también posible emplear la ya enunciada tríada de instituciones (*Discovery o Disclosure*, SARC/ADR, gestión judicial del litigio) como elementos potencialmente caracterizadores del estatuto judicial civil del *common law*, sus profundas raíces históricas y culturales así lo sugieren<sup>680</sup>. Es

---

<sup>674</sup> SILVA ET AL (2006) p. 426.

<sup>675</sup> CHASE (2011) p. 26.

<sup>676</sup> Al extremo de calificar sus logros de “mera retórica”: MONTERO (2014) p. 87.

<sup>677</sup> PALOMO (2006) p. 457.

<sup>678</sup> PALOMO (2006) p. 460.

<sup>679</sup> RIEGO (2017) p. 1.086.

<sup>680</sup> Así ocurre con el *discovery*, que es descrito como característico de la “singularidad procesal” estadounidense: CHASE (2011) p. 85. Sin embargo, este mismo autor, al caracterizar los rasgos distintivos de esta institución, le asocia a las necesidades que presenta el diseño del juicio adversarial partisano en los Estados Unidos al sostener que: “...es prácticamente obligatorio efectuar así el procedimiento concentrado cuando los legos deben perder tiempo de su vida laboral y personal para poder intervenir colectivamente y decidir la controversia, pero esto no es necesario cuando los hechos se presentan ante un juez profesional (...) es menos necesaria en este caso la “preparación prejudicial” del asunto en el ámbito del sistema continental, por cuanto la presentación de los medios de prueba es discontinua en el tiempo. La disposición por la cual las audiencias se pueden programar en diferentes y futuras sesiones, evita la posibilidad de que la presentación de

otro, sin embargo, el partido que se ha adoptado en esta investigación y así se habrá de exponer en detalle, al entender que este conjunto de instituciones son, preponderantemente, una consecuencia de la aplicación del modelo de juicio adversarial partisano extendido en una costa y otra del Atlántico, mecanismos concebidos, y en esto radica su principal valía, para contribuir a solventar los excesos del mismo en los ordenamientos tanto estadounidense como inglés<sup>681</sup>, y que, insistimos, a los efectos que nos hemos proyectado, resultará más propio analizarlos como parte integral de aquellos medios de los que se ha dotado al juicio adversarial partisano con la finalidad de solventar las necesidades que la evolución histórico forense, esto es, eminentemente práctica, presenta<sup>682</sup>, visión de contexto enteramente imprescindible en un análisis equitativo del juicio estatal tradicional adjudicativo<sup>683</sup>. Un medio, como el norteamericano, que identifica sustantivamente la noción de justicia material con la equidad, a lo menos formal, con que se desarrolla el proceso y éste con la estricta observancia de las reglas del adversarial partisano<sup>684</sup> presentará, pues, un avanzado desarrollo de las herramientas destinadas a perfeccionarlo pues, por simple regla lógica, el adversarial encarna, efectivamente, un ideal de justicia<sup>685</sup>, ello en el entendido que un estatuto procesal pueda, efectivamente, portar valores tenidos como prevalentes colectivamente<sup>686</sup>, extremo éste no del todo pacífico, por cierto.

De hecho, no parecerá en absoluto aventurado sostener, en esta línea de razonamiento, que la evolución (y no revolución, como se explicó antes) del procedimiento civil de enjuiciamiento bajo el imperio del *common law* le debe su propia supervivencia, hasta nuestros días, al empleo de la ya mencionada tríada de herramientas procesales, teniendo presente que la adhesión irreflexiva al modelo descrito por la norma puede, y suele, frustrar la consecución del objetivo

---

*una prueba sorpresa pudiera “emboscar” a la parte en la averiguación de la verdad (...) Por el contrario, la averiguación prejudicial (diligencias preliminares) es importante en el contexto de la justicia norteamericana, puesto que un retraso sustancial para reunir nuevas pruebas en el proceso es un inconveniente o, en un caso de jurado, una situación prácticamente inviable” CHASE (2011) p. 91. La diferencia de conceptos es, así, menor. Otro tanto ocurre en el medio inglés, en que los rasgos que se describen para la misma institucionalidad son, todos ellos, atribuibles a necesidades impuestas por el juicio adversarial partisano: “...permite a las partes igual acceso a la información; en segundo lugar, facilita los acuerdos en una disputa; tercero, evita el llamado juicio por emboscada, es decir, aquella situación en que una parte es incapaz de responder y de reaccionar a una información sorpresiva que se presenta en la audiencia final de juicio; finalmente, le ayuda al tribunal a precisar los hechos al momento de comenzar a juzgar sobre el mérito o fondo del caso.” ANDREWS (2013) pp. 75, 76.*

<sup>681</sup> DAMASKA (1997) p. 85.

<sup>682</sup> TARUFFO (2008) p. 54.

<sup>683</sup> WEIS (1992) p. 1393.

<sup>684</sup> TARUFFO (2008) p. 50.

<sup>685</sup> RESNIK (1986) p. 504.

<sup>686</sup> DUCE ET AL (2008) p. 14.

universalmente deseable<sup>687</sup> respecto de un sistema de enjuiciamiento civil<sup>688</sup>. Aquellas herramientas cobran, pues, una presencia prevalente en aquél medio, presidiendo la ya mencionada “huída” del juicio estatal que, en realidad, no es otra cosa que el cauce al cual apunta la aplicación extendida de las medidas antes indicadas cuyo objeto, más o menos confeso<sup>689</sup>, fue precisamente modular el acceso al juicio estatal heterónimo en toda su extensión (modulación cercana a la denegación, para algunos autores<sup>690</sup>) y la aplicación de las propias herramientas en análisis<sup>691</sup> las que, actuando en conjunto, han sido notoriamente exitosas en pos del objetivo así trazado, sin que ello implique, desde luego, emitir aún un pronunciamiento valorativo en torno a la manera cómo el imperio de este trinomio afecta las garantías fundamentales del justiciable en su demanda por acceso al aparato judicial en conjunto en el medio estadounidense e inglés<sup>692</sup>.

Y dado que la aplicación de estas herramientas resulta ser particularmente efectiva (y sintomáticamente pragmática) para discriminar qué asuntos resultan susceptibles (o convenientes) de ser ventilados mediante desarrollo de un juicio estatal heterónimo adjudicativo “en forma”, resultará lógico, además, que todas ellas se emplacen, preferentemente, en la etapa que antecede a este último, esto es, en la del ante – juicio o *pre – trial* que impera el juicio angloamericano<sup>693</sup>, pues ningún sentido tendría ofrecer al interesado instancias para evaluar los méritos que, para un su caso en particular, tendrá el juicio estatal<sup>694</sup> u ofrecerle medios para evitar su desarrollo en aras de mecanismos propiamente adecuados a sus intereses si aquél (el interesado) se encuentra ya comprometido en el desarrollo del litigio estatal propiamente dicho y ha adoptado con ello la decisión, no necesariamente atribuible a su entera, libre e informada voluntad, de abordar la serie de inconvenientes, sinsabores y obstáculos que todo justiciable debe afrontar. Antes bien, tomada la decisión de enfrentar el juicio, y comprometidos además los recursos públicos y privados puestos a disposición de tal funcionalidad, la lógica parece sugerir que el camino apropiado consiste en encauzar el mismo por las vías más simples y expeditas con que se cuenten antes que desperdiciar la serie de esfuerzos y compromisos personales y económicos que se encuentran ya invertidos en un proceso judicial cuya virtud será,

---

<sup>687</sup> DAMASKA (2000) p. 42.

<sup>688</sup> PALOMO (2006) p. 451.

<sup>689</sup> DAMASKA (1997) p. 141.

<sup>690</sup> GENN (2007) p. 15.

<sup>691</sup> Modulación acaecida paradigmáticamente con el caso del *discovery* modelado de acuerdo al estatuto inglés: CHASE (2011) p. 92.

<sup>692</sup> TARUFFO (2009) p. 240.

<sup>693</sup> DAMASKA (1997) p. 47.

<sup>694</sup> Recuérdese que es en la etapa de ante – juicio en la que se desarrollará el control indirecto de admisibilidad que garantiza el sostén racional de la prueba que se producirá más tarde durante el juicio: DAMASKA (1997) p. 44.

precisamente, la predecibilidad<sup>695</sup>. Ello explica, por ejemplo, que un medio tan marcado por los ADR como el estadounidense, cambie radicalmente la fisonomía de la oferta de medios de solución del litigio una vez que se ha optado por el juicio estatal, pues allí donde el interesado encontraba fácil acceso a múltiples salidas o puertas a su diferendo, hallará ahora sólo un flujo prácticamente irreversible, apuntado al resultado inevitable cristalizado en la sentencia estatal adjudicativa<sup>696</sup>.

**1.4.-** Queda explicado, de esta suerte, el fundamento que justificará diseccionar estas entidades a partir de la noción de tratarse ellas de una consecuencia necesaria y complemento imprescindible de la aplicación de un modelo de juicio adversarial de dominio primordialmente partisano en la determinación de los hechos controvertidos<sup>697</sup> y, aún más, explica ello además la razón por la que es preciso ubicar este análisis concretamente aquí, tras la exposición tocante al modelo bi – fásico<sup>698</sup>, que se analizó, al concluir el capítulo precedente, en su propio mérito, como rasgo caracterizador del estatuto angloamericano<sup>699</sup>, que importó pasar debida revista a la preponderancia que adopta la etapa ante judicial o de *pre-trial*<sup>700</sup>, por constituir ella el medio en que naturalmente se desenvuelven aquellas instancias en los ordenamientos comparados en análisis<sup>701</sup>, aún en ausencia de consagración formal de algunas de ellas<sup>702</sup>.

**2.- El imprescindible estatuto de información del litigante, *discovery* y *disclosure*. Su vinculación directa con las garantías del interviniente, con el *due process of law* y con la optimización del *adversary*.**

**2.1.- La prevalencia de las asimetrías.**

**2.1.1.-** El encabezado de esta sección no es meramente discursivo, pues sostendremos en el desarrollo de este apartado que sencillamente no es posible concebir el diseño de un litigio adversarial partisano equitativo, exento de vicios provenientes de inadmisibles asimetrías, sea cual fuere el medio cultural en que éste se pretenda implantar, sin proporcionar a los interesados y, particularmente, a los que ocupan una posición marcada por un pie de inferioridad ante litigantes institucionales o política, contextual o económicamente preponderantes<sup>703</sup>, acceso

---

<sup>695</sup> WEIS (1992) p. 1396.

<sup>696</sup> GROSS ET AL (1996) p. 47.

<sup>697</sup> GENN (2013) p. 275.

<sup>698</sup> DAMASKA (2000) p. 169.

<sup>699</sup> DAMASKA (2000) p. 92.

<sup>700</sup> TARUFFO (2009) p. 239.

<sup>701</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 239.

<sup>702</sup> LANGBEIN (1985) p. 859.

<sup>703</sup> CHASE (2011) p. 93.

oportuno a un estatuto de información adecuado del sostén fáctico y también jurídico que fundamenta sus pretensiones<sup>704</sup> y su posición en el contexto litigioso.

Puede cuestionarse en este punto, debemos consignar, si resulta pertinente insertar las herramientas destinadas a solventar dichas asimetrías al interior de un ámbito que resulta más bien propio de las regulaciones del juicio adversarial o si bien, se trata de nudos de conflicto que es preciso relevar lo antes posible, a fin de solventarlos previo a la fase de enjuiciamiento propiamente dicha<sup>705</sup>, pues resulta dable sostener que si bien la observancia a la regla del debido proceso supone la eliminación de obstáculos en el acceso al aparato resolutor de conflictos, ello no se extiende a una igualación absoluta de las partes una vez se ha accedido al aparato judicial, conclusión ésta que se manifiesta en una disparidad entre los conceptos de “*due process*” e “*equal protection*” no del todo resuelta<sup>706</sup>, ello a pesar de haberse descrito ampliamente, también en el medio estadounidense<sup>707</sup>, que las estratificaciones sociales que originan esta divergencia se repiten en el mercado de servicios legales<sup>708</sup>, fenómeno que ni los más extendidos programas de subsidio a la demanda alcanzan a cubrir del todo<sup>709</sup>. Sin embargo, más allá del análisis de fondo de estas herramientas destinadas a la igualación de armas los litigantes, nos interesa subrayar acá que no resulta en absoluto pacífico radicar las medidas en comento al interior de las reglas que conforman el estatuto que gobierna el juicio adversarial<sup>710</sup>, cuyo estándar se ve satisfecho, en este entendido, con la simple eliminación de obstáculos para acceder al aparato de justicia antes que mediante medidas que pueden representar falencias más graves que las que trata de solventar<sup>711</sup>.

Con todo, sea se le ubique al interior de la reglamentación del juicio o antes de éste, lo cierto es que la omisión de un estatuto de información pertinente y adecuado, como la que se verifica entre nosotros<sup>712</sup>, o la injustificada postergación de su relevación en la etapa antejudicial<sup>713</sup> constituye, desde esta perspectiva, una trasgresión a la garantía del interesado de acceder a un debido proceso<sup>714</sup>, a un

---

<sup>704</sup> DAMASKA (1997) p. 101.

<sup>705</sup> TARUFFO (2006) p. 79.

<sup>706</sup> TARUFFO (2008) pp. 74, 75.

<sup>707</sup> RESNIK (1986) p. 524.

<sup>708</sup> TARUFFO (2008) p. 92.

<sup>709</sup> NÚÑEZ ET AL (2015) p. 600.

<sup>710</sup> RESNIK (1986) p. 518.

<sup>711</sup> ZUCKERMAN (2018) pp. 3,7.

<sup>712</sup> HAZARD (1998) p. 1.682.

<sup>713</sup> O su sustitución por mecanismos cuya activación resida en las potestades judiciales, comprometiendo eso sí el rasgo bifásico del proceso por uno multi - episódico, como el modelo alemán de la ZPO, que renuncia, de manera más o menos deliberada, a los restantes efectos del *discovery* propiamente dichos: LANGBEIN (1985) p. 826, 829.

<sup>714</sup> Con cita a “*Hickman v. Taylor*”, SUBRIN (1998) p. 691.

*due process of law* que en este caso, poco tendrá de tal<sup>715</sup>, tanto es así que en el medio estadounidense no resulta en absoluto aventurado que el *discovery* forma parte sustancial de dicha garantía fundamental<sup>716</sup>. La omisión que se denuncia, se verá reflejará en un estatuto procesal que se desarrollará sobre una base en que el adversarial partisano irrestricto no tardará en demostrar una marcada inequitatividad<sup>717</sup> o, en el mejor de los casos, aleatoriedad<sup>718</sup>, atizando la así llamada “*ruleta judicial*”<sup>719</sup> que, en caso alguno, proporciona al afectado un pie seguro para tomar decisiones tan trascendentales como la de sustraer (o no) el conflicto que le aqueja de la justicia estatal heterónoma, en tanto que presentará, en paralelo, un fenómeno que escaso favor hará a la fe pública en el aparato judicial<sup>720</sup> pues, como se ha descrito para la sede estadounidense, “*El propósito del discovery consiste en facilitar el acceso a una amplia averiguación de hechos, nombres de testigos u otras materias que puedan auxiliar a la parte en la función de preparar o preparar su caso (..) En esta indagación preliminar, la eventual admisibilidad de una evidencia en un futuro juicio no constituye el estándar que debe soportar un requerimiento de información para definir en qué medida éste se encuentra dentro del rango de una averiguación adecuada*”<sup>721</sup>.

Por otra parte, y siempre profundizando los enojosos efectos que se siguen de la omisión que de un estatuto de información ante - judicial pertinente y oportuno (como la que impera en nuestro medio, en que aún existiendo en ciertos procedimientos una fase ante judicial de preparación del litigio, se prescinde de la averiguación partisana de hechos, reduciéndose por ende el ejercicio a un simple ofrecimiento de prueba a la sede judicial<sup>722</sup>), o de la inserción de una instancia que resulte ser poco funcional a los objetivos de la litigación adversarial, puede concluirse que implicará, contradictoria y paradójicamente, un incremento de la demanda por el acceso al juicio estatal heterónomo que pronto tornará en insostenible (aún para medios con recursos más holgados), por deficiente que sea aquél. Este aumento que se verá generado, claramente, por la ausencia de una institucionalidad destinada a solventar, precisamente, las asimetrías de

---

<sup>715</sup> CAPPELETTI ET AL (1996) p. 18.

<sup>716</sup> HAZARD (1998) p. 1.694.

<sup>717</sup> TARUFFO (2008) p. 54.

<sup>718</sup> Atribuyéndole la inclinación de la marcada preferencia de los SARC en el medio estadounidense: CHASE (2011) p. 68.

<sup>719</sup> “*Las demandas y defensas mendaces se ven estimuladas bajo un sistema procesal que ampare el secretismo y el encubrimiento de información en las etapas previas al juicio que acarrearán más tarde sorpresa y confusión durante el mismo*” SUNDERLAND en SUBRIN (1998) p. 697. El autor de la cita ha sido llamado, con razón, el “campeón” del *discovery* amplio, en su carácter de autor de las reglas que componen dicho estatuto en las FRCP.

<sup>720</sup> CHASE (2011) p. 68.

<sup>721</sup> En comentario del Comité Asesor a la FRCP N°26: SUBRIN (1998) p. 736.

<sup>722</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 141.

información<sup>723</sup>, pues resulta perfectamente lógico que el afectado, en las tinieblas del desconocimiento de los antecedentes fundantes de su pretensión y los sostenes de la defensa que enfrentará, prefiera mantener en curso la ya invocada intervención del aparato estatal antes que aventurarse hacia los (entre nosotros<sup>724</sup>) ignotos parajes de las salidas alternas<sup>725</sup>, a la vez que, como resulta lógico, se derivará en un masivo reclamo por una mejoría del estándar cualitativo de la solución adjudicativa tradicional que la sede estatal ofrece.

En suma, la ausencia de medidas que aseguren la disponibilidad de un estatuto adecuado de información pertinente ante - judicial, agregado a la escasa adhesión a los sistemas alternos que caracteriza nuestro medio, terminará por imponer presiones inabarcables para el sistema judicial estatal que sólo se puede alzar con el establecimiento de la ya dicha institucionalidad<sup>726</sup>. Es por ello que, con autoridad, se puede sostener que un aumento de la litigiosidad, como el que viene de describirse, no justifica *per se*, de manera autónoma, una tendencia clara hacia una expansión de la demanda de sistemas alternos<sup>727</sup>, cuestión sobre la cual volveremos en secciones siguientes. De momento, bástenos con señalar el referido efecto de incremento de la demanda por acceso a la justicia estatal y la presión sobre el sistema judicial en su conjunto, generada por la inexistencia de un estatuto de información relevante y pertinente de la cual da buena cuenta la literatura<sup>728</sup>. Con todo, viene al caso recordar el antiguo aforismo latino *extrema se tangunt*, pues se ha descrito, con idéntica autoridad empírica y dogmática, que la apertura liberal de los medios de indagación en sede de *discovery*, también originará un incremento muy relevante en la demanda por acceso al sistema judicial estatal<sup>729</sup>, aún cuando debe considerarse que en la experiencia estadounidense ese aumento vino asociado a otros factores diversos del descrito el que, sin embargo, actuó como catalizador.

En esta línea de reflexiones, se impone formular una breve digresión con la ineludible necesidad de advertir que la definición de la medida en que los límites del volumen socialmente aceptable de litigación estatal se ve empujado más allá de la capacidad de cobertura estatal, producto de la debilidad o, peor aún, de la ausencia de un estatuto oportuno y razonable de información ante judicial y, por ello, a la vez, de la virtual inexistencia del efecto disuasivo que la entrega oportuna de dichos antecedentes pueda representar (por revelar debilidades o fortalezas,

---

<sup>723</sup> SHAVELL (1999) p. 101.

<sup>724</sup> CHASE ET AL (2017) p. 15.

<sup>725</sup> JEQUIER (2016) p. 93.

<sup>726</sup> ROSENBERG (1988) p. 814.

<sup>727</sup> CHASE (2011) p. 143.

<sup>728</sup> FARMER ET AL (2013) p. 223.

<sup>729</sup> MARCUS (1998) p. 749.

propias o ajenas), ha logrado ser determinado merced a las extendidas y profundas investigaciones dogmáticas y empíricas emprendidas por los teorizantes del análisis económico del proceso, las que uniformemente arriban a conclusiones, en tal sentido, lapidarias, apuntadas todas a una relación inversamente proporcional y expresada aún de manera algebraica subyacente al ejercicio planteado, pues un incremento en el volumen y calidad de la información (que no la simple acumulación de antecedentes) que se facilite al litigante se verá reflejado, de manera casi automática, en un descenso de la demanda por acceso a la sede jurisdiccional estatal<sup>730</sup>, materializado en acuerdos transaccionales alcanzados en esta fase del procedimiento. Una vez se ha accedido al juicio propiamente dicho, la relación inversa entre calidad de la fase de *discovery* (no necesariamente asociada, insistimos, a la simple cantidad o volumen de la información intercambiada entre las partes) pasa a ser directa con la calidad del fallo o veredicto desde la perspectiva de la aplicación de la ley sustantiva (el incremento cualitativo de la información entregada oportunamente en el ante – juicio, perfila de mejor forma el litigio que llega a resolver el juez estatal y reserva a éste la función de aplicar el derecho al sustrato fáctico así resuelto de mejor manera gracias al influjo de la fase de averiguaciones previas), incrementando con ello la posibilidad de satisfacer, de esta manera, las pretensiones de los interesados en el diferendo<sup>731</sup>.

Las instancias de revelación de antecedentes o evidencias, por ende, aún asumiendo las dificultades y bemoles que pueda presentar, y por distantes que parezcan a un ordenamiento de inspiración continental<sup>732</sup>, refinan en apreciable medida la manera en que se plantea la fase ante - judicial de cara al desarrollo del procedimiento adversarial<sup>733</sup>, y de esta manera, el acceso a éste, aún cuando su

---

<sup>730</sup> Por todos: SHAVELL (2003) C. 18, pp. 3-6. Obsérvese que, en el curso de su investigación, fundamental para el análisis económico del proceso adjudicativo adversarial heterónimo público, este importante autor mantiene *rebus sic stantibus* el acceso a información para más tarde manipularlo en pos de dar sustento a sus conclusiones: “En el (contexto) del análisis de los acuerdos pre – y extra – judiciales, hemos asumido que la información con que cuentan las partes de alguna manera se ha determinado de manera exógena: O bien la información formaba parte del contexto e influía en las pretensiones desproporcionadas de las partes o bien se asumió deliberadamente que la información era asimétrica. De una manera u otra, los litigantes en general tendrán poderosos motivos para compartir recíprocamente información, ora con la finalidad de promover un eventual acercamiento pre – judicial, ora para optimizar las condiciones de una negociación”. El estatuto de información del litigante es siempre considerado, por ende, como factor determinante del nivel de litigación que se considera, desde esta perspectiva, socialmente óptimo.

<sup>731</sup> BONE (2013) p. 309.

<sup>732</sup> Reconocido, por demás, por los propios doctrinantes estadounidenses al declarar que: “...cuando uno mira a las averiguaciones ante judiciales civiles en el resto del mundo, (cae en cuenta que) las civilizaciones parecen haber sobrevivido bastante bien prescindiendo del *discovery* “a la americana”: SUBRIN (2002) p. 301.

<sup>733</sup> TARUFFO (2008) p. 11.

desarrollo en pleno régimen comprometa, de manera más o menos extendida, la eficiencia temporal (y económica) del proceso de juzgamiento estatal heterónimo<sup>734</sup>, reparo que no pocas veces se atribuye, más bien al rol que desempeñan los abogados<sup>735</sup>, empeñados en la defensa de los intereses que invocan en el desarrollo de la fase<sup>736</sup>, antes que a la estructura de ésta<sup>737</sup>, fenómeno que no resulta en absoluto desconocido para el operador forense del medio del *civil law*<sup>738</sup>, y que genera nudos de ineficiencia o puntos muertos en la litigación, que los propios tribunales están frecuentemente llamados a solventar, disminuyendo la brecha entra calidad y celeridad de la respuesta jurisdiccional<sup>739</sup>, refrendando con ello la íntima conexión entre potestades judiciales y fines del proceso<sup>740</sup> que la dogmática describe, también para nuestros proyectos de reforma<sup>741</sup>.

**2.1.2.-** No podemos dejar de destacar acá, por la estrecha ligazón que se verifica con las nociones que llevamos desarrolladas en torno al saneamiento que, para el desarrollo del litigio adversarial, representa la institucionalidad del *discovery*, la prevalencia de un componente esencial de buena fe procesal<sup>742</sup>, extendido y de larga data, por demás<sup>743</sup>, así como de colaboración entre litigantes y el tribunal<sup>744</sup>, que subyace a la funcionalidad del juicio heterónimo adjudicativo en general y, dentro de él, al deber de lealtad y colaboración que, en particular, impregna a su turno la obligación de revelación de información pertinente a través de los ingenios en estudio<sup>745</sup>, especialmente prevalente (y relevante) en los medios en que impera el modelo en análisis, asociado a un rol relativamente pasivo del juez<sup>746</sup> cuyo progresiva revisión en pos del otorgamiento de potestades de gestión del litigio no termina por mutarlo del todo<sup>747</sup>. En este sentido es necesario establecer que resultará en extremo complejo tratar de enderezar una litigación adversarial, de dominio partisano preponderante en la producción y presentación de la prueba, por los cauces de la equidad e igualdad de armas, de tratarse éste de un enfrentamiento desprovisto de algunas reglas elementales de colaboración entre

---

<sup>734</sup> GROSS (1987) p. 735.

<sup>735</sup> LANGBEIN (1985) p. 846.

<sup>736</sup> OBERER (1987) p. 3.

<sup>737</sup> LANGBEIN (1985) p. 823.

<sup>738</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 142.

<sup>739</sup> WEIS (1992) p. 1.398.

<sup>740</sup> HUNTER (2011) p. 76.

<sup>741</sup> PALOMO ET AL (2016) p. 89.

<sup>742</sup> HUNTER & WILLIAMS (2015).

<sup>743</sup> PICÓ I JUNOY (2012) p. 118.

<sup>744</sup> DUCE ET AL (2008) p. 45.

<sup>745</sup> PICO I JUNOY (2004) p. 10.

<sup>746</sup> GROSS (1987) p. 746.

<sup>747</sup> TARUFFO (2009) p. 237.

defensas y para con la sede jurisdiccional<sup>748</sup>, particularmente si se aboga por un modelo en el que, como se dijo, las potestades oficiosas del juez estatal, se hallan en delicado equilibrio con la titularidad de las partes sobre el debate y la prueba<sup>749</sup>, cuya materialización ha sido definida, quizás por lo mismo, como “refundacional”<sup>750</sup> o cuando muy menos de “singularísima relevancia”<sup>751</sup> para los objetivos que proyectan los procesos de reforma a la institucionalidad procesal civil.

Como se adelantó en párrafos anteriores, el mismo ejercicio de contraste en equidad se debe predicar, además, respecto del deber de lealtad o colaboración de los litigantes en lo que toca la obligación de transparentar sus respectivas estrategias judiciales, materializado desde la génesis del debate partisano adversarial en una simplificación de las reglas técnicas de litigación que permita revelar la esencia de las pretensiones de la forma más sencilla y temprana posible<sup>752</sup>. Acá, empero, la vinculación es, si ello cabe, de una tesitura aún más fina, pues si se radica la obligación de transparencia en dichas obligaciones<sup>753</sup>, con mucha razón se puede plantear (y de hecho se presenta en el crecido debate desarrollado en torno a los *privileges*), la cuestión de la ubicación de la frontera entre ésta y el legítimo derecho a la reserva de aquellos antecedentes que conformen el lineamiento elemental de la defensa de las partes (habitualmente englobado bajo las comunicaciones entre el abogado y su defendido o bien, como se dirá, al interior de los materiales de trabajo del letrado que conforman la teoría del caso bajo el concepto de litigación estratégica) que engarzan directamente con la garantía fundamental a la vida privada que diseña la cuarta enmienda en la Constitución de los Estados Unidos<sup>754</sup>, tanto es así que se ha sostenido que el reforzamiento de la obligación de revelación conforma una suerte de erosión interna y premeditada de algunos de los pilares más propios del adversarial partisano, diseñado con la finalidad expresa de limar sus extremos más

---

<sup>748</sup> DE LA OLIVA (2012) p. 253.

<sup>749</sup> HUNTER (2011) p. 76.

<sup>750</sup> PALOMO ET AL (2016) p. 89.

<sup>751</sup> DE LA OLIVA (2012) p. 269.

<sup>752</sup> Reforzando la noción de simplificación de los escritos fundantes, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha resuelto que: “*Las FRCP rechazan la perspectiva consistente en sostener que la fase de discusión del litigio sea una suerte de juego de habilidad en que cualquier error de asesoría pueda decidir de manera irreversible el resultado del litigio, toda vez que se acepta el principio que el propósito de esta fase del pleito consiste en facilitar una decisión apropiada en base a los méritos del asunto*” Conley v. Gibson (1957), en HENCH (1994) p. 185.

<sup>753</sup> RESNIK (1986) p. 507.

<sup>754</sup> “*El derecho de la población en sus personas, casas, documentos y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios no deberá ser violado, y no habrán de expedirse las Órdenes correspondientes si no existe una causa probable, apoyada por el Juramento o declaración solemne, que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso*”.

ásperos<sup>755</sup>, y emplazada al tiempo de poner en marcha la preciada entrega del estatuto de información al litigante, previo a que éstos se vean obligados a afrontar los bemoles del juicio estatal heterónimo<sup>756</sup> que, por estas razones, da lugar a los más numerosos debates en torno a su procedencia jurídica<sup>757</sup>, de la mano de la apreciación de la institución como componente necesario de la litis adversarial por parte de los propios operadores<sup>758</sup>.

En esta misma línea conceptual, esto es, de equilibrio entre la eventual ruptura o preservación que se verifica entre el deber de revelación y el de reserva de las estrategias de litigación, radica uno de los más graves reparos que se formuló (y que se plantean aun) al deber de *disclosure* en la sede norteamericana, perfectamente consonante, por lo demás, con la inspiración liberal individualista imperante en los Estados Unidos a fines del siglo XIX y primeras décadas del XX<sup>759</sup>. Debe observar el abogado partisano, tanto en ese medio (como, por lo demás, en cualquiera que plantee desarrollar un adversarial simétrico y exento de vicios), un deber de “sinceridad” (*candor*) que le obliga a colaborar, de buena fe, con la delicada función del tribunal<sup>760</sup>, en circunstancias que lo cierto es que se trata de una imposición que no pocas veces se ve enfrentada, con derrota para ésta última obligación<sup>761</sup>, con las explicables (y difíciles de afrontar) presiones provenientes de partes ambiciosas de ver triunfar sus posturas a todo trance<sup>762</sup>, insertas además en un medio, como lo es el mercado de servicios legales, en extremo competitivo y demandante<sup>763</sup>.

Es en razón de esta última experiencia, que se describe que la intensidad del enfrentamiento judicial es inversamente proporcional a la disposición de la defensa por dar efectivo cumplimiento del deber de lealtad y corrección del

---

<sup>755</sup> HENCH (1994) p. 182.

<sup>756</sup> RESNIK (1982) p. 443.

<sup>757</sup> “Un extranjero analizando los procedimientos de *discovery* en un juicio civil, jamás llegaría a sospechar que este país tiene una altamente apreciada tradición de (garantía de la) privacidad, entronada en la Cuarta Enmienda.” RIFKIND en LANGBEIN (1985) p. 845.

<sup>758</sup> WILLGING ET AL (1998) p. 527.

<sup>759</sup> SUBRIN (1998) p. 696.

<sup>760</sup> Cuyo epítome parece haberse alcanzado a finales del siglo pasado y comienzos del presente con la materialización de la reforma procesal civil en el Japón. En este estatuto, se requiere del litigante una presencia continua del deber de colaboración, reflejado en la disposición permanente de poner a disposición de la contraria información relevante, aún cuando ya se haya dado inicio al litigio y sin que medie alguna suerte de penalización por el incumplimiento leal a la obligación: SUBRIN (2002) p. 303.

<sup>761</sup> SUBRIN (1998) p. 705.

<sup>762</sup> La íntima vinculación del deber ético del abogado resumido en el mejor servicio de los intereses de su representado, con la eventual utilización maliciosa de las herramientas del *discovery* ha sido descrita desde aún antes de la implantación, en los EEUU, del modelo en actual vigencia mediante las FRCP en 1938: MITCHELL en SUBRIN (1998) p. 732.

<sup>763</sup> WEIS (1992) p. 1388.

litigante (*duty of candor*)<sup>764</sup>, también en la sede angloamericana en que, paradójicamente, el abogado terminará litigando con el juez, tan pronto éste abandone la tradicional pasividad<sup>765</sup> que se suele esperar de la sede jurisdiccional, especialmente estadounidense, pero que progresivamente se revisa en base a fundamentos crecientemente relevantes, precisamente en relación con la modulación de procesos tan sustanciales al procedimiento como los vinculados con el *discovery*<sup>766</sup>. Con todo, resultará de gran importancia consignar, en este apartado, que se entiende, al menos desde la sede estadounidense, que en este aspecto al menos el litigante del *civil law* lleva ventaja sobre su par angloamericano, pues el primero puede, de alguna manera, posponer en alguna medida su deber de colaboración en la función de revelar antecedentes de evidencia, delegando dicha función en el órgano jurisdiccional que, al contar con potestades de averiguación, presidirá los esfuerzos por esclarecer la cuestión debatida, sin que le sea exigible al contendiente avanzar más allá de lo que su compromiso partisano explique<sup>767</sup>.

El deber de colaboración imbricado en los procesos de *discovery* o *disclosure* se emplaza precisamente en estos extremos, pues no sólo se le exige al abogado observar un deber de transparencia, lealtad o colaboración durante el desarrollo del proceso de presentación de la prueba, ante el jurado lego y que, sin embargo, puede esperar algún género de sorpresa, durante la litigación<sup>768</sup>, sino que yendo más allá, y precisamente con motivo de esto último, se le impone la obligación de mantener a disposición de la contraria, adelantado incluso a la apertura de la fase de enjuiciamiento, todos aquellos antecedentes de relevancia que ésta pueda llegar a requerir como fundamento de sus propias pretensiones o de las de su adversario<sup>769</sup>, ejercicio que, es necesario enfatizar, no necesariamente tiene por finalidad una suerte de producción prejudicial de la prueba<sup>770</sup> (aún cuando puede llegar a revestir particular valor en este aspecto<sup>771</sup>, especialmente en lo que dice relación con las diligencias de contra examen durante las cuales pueden ser invocadas las averiguaciones del *discovery*<sup>772</sup>, sin olvidar el importantísimo rol que éstas pueden jugar en la decisión de la cuestión *in limine*<sup>773</sup>, prescindiendo del juicio propiamente dicho al llevar al asunto a ser resuelto mediante alguna de las

---

<sup>764</sup> HENCH (1994) p. 200.

<sup>765</sup> TARUFFO (2008) p. 116.

<sup>766</sup> ROSEMBERG (1988) p. 802.

<sup>767</sup> ROSEMBERG (1988) p. 803.

<sup>768</sup> DUCE ET AL (2008) p. 50.

<sup>769</sup> Llegando a cuestionarse si este es, por lo tanto, el punto donde acaba el deber de veracidad del abogado: TARUFFO (2008) p. 12.

<sup>770</sup> VIAL (2006) p. 712.

<sup>771</sup> OBERER (1987) p. 2.

<sup>772</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 130.

<sup>773</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 138.

fórmulas de acceso al *summary trial*, prescindentes de la intervención de un jurado<sup>774</sup>), sino que dar sustento a la información que dicha etapa del ante - juicio demanda de los litigantes como preparación a su acceso a la fase de juzgamiento propiamente dicha, a manera de “bastanteo ante judicial” de la pretensión<sup>775</sup>.

Ello explicará, por ejemplo, que el sólo hecho que una indagación o requerimiento de ella pudiese entenderse dirigida a recabar una declaración o documento que desembocaría, finalmente, en una determinada prueba inadmisibles bajo las reglas que gobiernan el juicio (como ocurre típicamente con las declaraciones de oídas o *hearsay*) no es suficiente para oponer un reparo atendible a la indagación ante – judicial en fase de *discovery* pues éste no constituye un examen de admisibilidad judicial de la prueba<sup>776</sup>. Los estándares a observar en la admisibilidad de las diligencias requeridas en esta sede, por lo tanto, deben ser resueltas de manera diversa, atendiendo en definitiva a la medida que la averiguación sí se pueda relacionar de forma más o menos directa, con otra evidencia vinculada al caso que, a su turno, sí será admisible más tarde en la fase judicial, demostración ésta de la medida en que las herramientas de la institución en análisis han sido sujetas a una continua expansión vía normativa o de interpretación jurisprudencial por la regla de precedente<sup>777</sup>, a través de la cual la judicatura ha demostrado una clara tendencia a una continua ampliación del rango de las diligencias que son dables de requerir (y autorizar), pues preside la decisión judicial, a este respecto, la noción que la autoridad jurisdiccional debe acceder (o no) a la averiguación teniendo presente que impera como garantía constitucional el juicio por jurados y que, por tanto, debe adoptarse la determinación que éste (el juzgador lego) consideraría adecuada para la cuestión debatida<sup>778</sup>.

Curiosamente, este último principio (el de resolver las incidencias que se presenten en el proceso de *discovery* manteniendo como noción orientadora las necesidades probatorias de la fase de *trial* y el rol que en ella desempeña el juzgador lego de los hechos) tiene una consecuencia sobre las reglas que gobiernan la prueba en esas latitudes, pues se plantea que la decadencia del juicio por jurados terminará por hacer inútiles estas reglas y es por ello que autorizados dogmáticos, invocando la herencia de Bentham, abogan por la abolición completa del estatuto probatorio y con ello, las limitantes que deben observar las partes en el ejercicio de *discovery*<sup>779</sup> ello en la medida, claro está, que exista fundamento para sostener que el juicio por jurados en los Estados

---

<sup>774</sup> PEÑA (2017) pp. 91, 92.

<sup>775</sup> VIAL (2006) p. 708.

<sup>776</sup> HAZARD (1998) p. 1.692.

<sup>777</sup> SUBRIN (1998) p. 736, 737.

<sup>778</sup> HAZARD (1998) p. 1.692.

<sup>779</sup> KIRKPATRICK (1998) p. 364.

Unidos está en curso de desaparecer, punto en el cual resultará preciso remitirnos a lo sostenido en torno a esta materia en el capítulo anterior. En el extremo opuesto, con todo, parece existir consenso que, en paralelo, existen ciertas áreas de la litigación (principalmente la vinculada a los derechos fundamentales) que sólo se pueden llegar a emprender adecuadamente mediando un proceso amplio de *discovery*<sup>780</sup>, de manera que ni los más ácidos detractores de la institución en ese medio han llegado a abogar por su eliminación.

**2.1.3.-** El desarrollo del *discovery* en los Estados Unidos impuso graves necesidades de contención que se prolongan hasta nuestros días. Cabe recordar que la inserción del modelo en actual vigencia de *discovery* en el estatuto legal positivo estadounidense, se verificó en el contexto de la promulgación del estatuto procesal contenido en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, y ha sido calificado como un giro copernicano en el contexto del proceso de enjuiciamiento civil norteamericano<sup>781</sup>, una de las reformas más innovadoras y profundas introducidas al sistema<sup>782</sup>, alineado, como se recordó en capítulos anteriores, con la adopción de reglas que originalmente se contemplaban como propias del procedimiento en *equity*, lejanas al estricto formalismo que provenía de la aplicación de las normas del proceso judicial en *common law*<sup>783</sup>, las que habían tenido por efecto una dispersión de reglas entre los distintos Estados de la Unión, que el nuevo reglamento federal pretendió estandarizar bajo una égida común.

La verdadera revolución procesal que se predica del estatuto de 1938, atiende principal y precisamente a la liberalización extrema y creciente de las herramientas de indagación ante – judicial que aquél puso a disposición de los litigantes, no previstas en sus fuentes de inspiración históricas (y ni siquiera en sus primeros estatutos legislados)<sup>784</sup> y largamente más extendidas (y complejas) que las que provenían de la fuente inglesa, las que enraizaban profundo en la historia del estatuto procesal adversarial angloamericano<sup>785</sup>, el que verificó en los restantes ordenamientos del *common law* una evolución encaminada en un sentido marcadamente contaria a la que se describe para el estadounidense<sup>786</sup>, esto es,

---

<sup>780</sup> Con cita a casos de discriminación racial laboral: MARCUS (1998) p. 750.

<sup>781</sup> OBERER (1987) p. 7.

<sup>782</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 41.

<sup>783</sup> SUBRIN (1987) p. 927.

<sup>784</sup> SUBRIN (1998) p. 729.

<sup>785</sup> CHASE (2011) p. 92.

<sup>786</sup> “Parece ser que en los restantes países de la familia del *common law*, la combinación de una etapa de discusión específica, una estricta limitación temporal impuesta para llevar a cabo la exhibición de documentos y la estipulación de la obligación del litigante de avanzar en el proceso, arrojó como resultado un cauce más estrecho a la forma en que se verifica dicha exhibición que aquella a la que nos encontramos acostumbrados en este país (EEUU)”: SUBRIN (2002) p. 304, con cita a HAZARD.

de moderación restrictiva y creciente de sus instituciones<sup>787</sup> (presente sólo en fechas recientes en los Estados Unidos), hasta circunscribirla, prácticamente, a la exhibición de piezas documentales, supervisada por la sede judicial estatal, empeñado en el estatuto procesal civil inglés de las CPR en procura de la protección del ya tantas veces mencionado y prevalente “*overriding objective*”<sup>788</sup>. Y es que en este punto convendrá tomar buena nota que el proceso de *discovery* estadounidense no se parece ya a ningún otro modelo, ni siquiera al interior del *common law*, caminando así hacia una universalidad de instituciones que ha sido caracterizada como un verdadero “nuevo mundo”<sup>789</sup>, pues ha desarrollado rasgos marcadamente propios, atribuidos inclusive a características culturales norteamericanas largamente difundidas en ese medio y fácilmente identificables en todo género de ámbitos<sup>790</sup>. Es por ello que ese desarrollo autóctono y explosivo de la institucionalidad en estudio ha demostrado, también, cuáles son los principales vicios o debilidades que puede experimentar en su desarrollo<sup>791</sup> así como la manera en que resulta posible enfrentar los desafíos que supone el acceso a cantidades inimaginables de información, multiplicada en las últimas décadas producto de la introducción de las herramientas digitales y electrónicas a la gestión del *discovery*<sup>792</sup>.

El más radical de los cambios, que originó, en su génesis en 1938, que el modelo de descubrimiento temprano de evidencia en fase ante o pre – judicial en los Estados Unidos, tanto en tribunales federales como estatales<sup>793</sup>, siguiera un cauce en continua expansión a partir del estatuto normado por las FRCP se identifica, claramente, con la institucionalización de la admisión de la deposición de testigos, terceros, peritos expertos y de las propias partes<sup>794</sup>, como indagación pre – judicial<sup>795</sup>, herramienta ésta que, en realidad, nunca penetró, al menos de la manera que lo hizo en los Estados Unidos, otros diseños de *discovery* al interior

---

<sup>787</sup> PALOMO (2006) p. 459.

<sup>788</sup> SUBRIN (2002) p. 304.

<sup>789</sup> SUBRIN (1998) p. 738.

<sup>790</sup> Identificados acá, a propósito de esta institucionalidad singular, prevista para reconducir la senda de la litigación adversarial partisana, con el igualitarismo, populismo, liberalismo extendido y aversión a la ingerencia del aparato estatal: CHASE (2011) p. 93.

<sup>791</sup> SUBRIN (2002) p. 308.

<sup>792</sup> HEDGES (2017) p. 3, 4.

<sup>793</sup> MEADOR (1995) p. 95. Este autor presidió, a fines de la década de los 70 del siglo pasado, desde la jefatura de asesoría de Procuraduría General, las unidades de análisis de modificación de las FRCP y, en concreto, la destinada a la restricción de las diligencias de *discovery*, promoviendo con energía una agenda propia en la materia hasta su fallecimiento en la década de los '90, las que contemplaban, como línea principal, la entrega de facultades al juez a fin que presidiera activamente las reuniones ante – judiciales de los abogados y la eliminación del *discovery* meramente exploratorio: MARCUS (1998) p. 755.

<sup>794</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 41.

<sup>795</sup> SUBRIN (1998) p. 708.

de los ordenamientos del *common law* que adhirieron a una arquitectura más “conservadora”, cercana, en este sentido, a la regulación inglesa y a la manera en que ésta se fue modulando en razón de las reformas que se introdujeron para optimizar el funcionamiento del juicio adversarial en una sede estatal única. Antes de la reforma emprendida por los legisladores de las FRCP, la admisión de declaraciones extrajudiciales en fase pre – judicial era admitida en la legislación procesal civil vigente en un grupo reducido de estados de la Unión<sup>796</sup> y aún dentro de ellos, se preveía la supervisión más o menos directa del propio juez o de un oficial del tribunal designado precisamente para estos efectos<sup>797</sup>, lo que no impedía, sin embargo, que los operadores forenses abusaran de los medios puestos a su disposición, instrumentalizando la institución, como ocurrió más tarde, como un mecanismo más de la litigación estratégica<sup>798</sup>. No existía, por tanto, y mucho menos se había extendido, un modelo como el que derivó de la aplicación de las reglas de las FRCP, permisivas de un *discovery* netamente partisano, sujeto un control judicial laxo y lejano, hasta fechas muy recientes, y que se abrió, además, hacia la indagación de los peritos en fase de preparación ante – judicial que, con la revolución tecnológica de las últimas décadas, derivó hacia la entrega de volúmenes nunca antes vistos de información en respaldo digital de la más variada índole.

Y si alguna duda restase acerca de la amplitud con que los medios de averiguación puestos a disposición de las defensas se vinieron interpretando en el medio norteamericano (origen de no pocos de los reparos que se dirigen en su contra<sup>799</sup>), debe tenerse presente que la Corte Suprema, menos de 10 años después de la promulgación de las normas de las FRCP declaró que: *“(esta Corte) concuerda, desde luego, que las reglas de declaración en discovery deben recibir un tratamiento liberal y amplio. Ya no será pertinente que la atribución, por tanto tiempo reclamada, de tratarse de una “expedición de pesca”, se haga pertinente para denegar a alguna de las partes el derecho a indagar entre los hechos que subyacen a la defensa de su oponente.”*<sup>800</sup>

---

<sup>796</sup> Ohio, Kentucky, New Hampshire, Missouri, Nebraska, Indiana y Texas.

<sup>797</sup> SUBRIN (1998) p. 703.

<sup>798</sup> SUBRIN (1998) p. 706. Antes de la entrada en vigencia de las FRCP y su adopción, también, por parte de los estados, la deposición de testigos y de las partes se materializaba, frecuentemente, por escrito, y ante la inexistencia de reglas limitativas, no era extraño que se presentaran cuestionarios de 2.000 o más preguntas a ser resueltas por el afectado.

<sup>799</sup> Por todos: OBERER (1987) p. 2.

<sup>800</sup> Con cita al caso *“Hickman v. Taylor”*, SUBRIN (1998) p. 739. Esta sentencia, pronunciada en 1946 en materia de responsabilidad civil extracontractual, es tenida como el fallo fundacional en materia de liberalización de las herramienta de *discovery*, y es utilizado como *leading case*, esto es, como precedente, en esta materia.

El modelo originalmente previsto por las FRCP y que producto de su adopción extendida por parte de las legislaturas locales se convirtió, además, en ley propia de los Estados<sup>801</sup>, instauró por lo tanto una serie de herramientas procesales que, por lo mismo, son de uso común entre los litigantes estadounidenses y que han sido objeto, como no, de continua revisión a lo largo de los años, caracterizadas predominantemente por la continua liberalización de los medios puestos a disposición de los litigantes<sup>802</sup>, equilibrados sólo en forma relativamente reciente con la entrega de potestades de gestión a la sede jurisdiccional<sup>803</sup>, la que vino a reemplazar el control extendido que los redactores originales confiaron a la observancia deontológica<sup>804</sup> que los operadores habrían de emplear en su uso<sup>805</sup>. Las medidas normativas tendientes a obtener una racionalización modulada de las indagaciones de *discovery* se emprenden, con precisión, a partir de 1976, con motivo de las conferencias desarrolladas en homenaje a los 70 años de las conferencias Pound, al atribuírsele al crecimiento descontrolado de esta instancia buena parte de lo que el homenajeado denominó “*Las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia*” e inspiró su trabajo<sup>806</sup>. A partir de esas fechas se emprende, por tanto, la labor de equilibrar racionalmente las herramientas del *discovery* y las medidas diseñadas para constreñirlas a las

---

<sup>801</sup> Fenómeno éste que a partir de 1938 comienza a diseñar un derrotero exactamente opuesto al que venía siguiendo desde la época de la independencia, pues mientras en este largo primer período el proceso civil federal intentaba recoger las instituciones puestas en práctica por los Estados, a contar de la promulgación de las FRCP serán las legislaturas estatales que rápida y crecientemente, harán coincidir sus modelos procesales civiles con la regla federal: HAZARD ET AL (2006) p. 41. Este hecho, es decir, la replica del proceso civil federal por parte de las legislaturas estatales ocasiona, además, que habitualmente, el ejercicio dogmático comparatístico centre su mirada en las reglas de las FRCP y las modificaciones que ha experimentado a través de los años, antes que emprender la inabarcable misión de utilizar como objeto de estudio, las particularidades que el estatuto procesal civil presenta en uno o más de los 51 Estados de la unión y menos aún las líneas comunes que pueden seguirse a partir dicho ejercicio. Así en CHASE, O (2005) p. 163 quien enfáticamente declara que: “*Es virtualmente imposible para cualquiera mantener la atención centrada sobre todas las jurisdicciones (estatales) y de ahí, todos los estudiosos autorizados del procedimiento civil estadounidenses, pueden y de hecho siguen los desarrollos del proceso federal. Además, hay mayor capacidad institucional y compromiso para hacerlo, en un examen que se manifiesta precisamente en el sistema federal*”.

<sup>802</sup> Cubriendo un primer “ciclo” histórico de la institución que cubriría hasta la década de los '70 del siglo pasado: MARCUS (1998) p. 748.

<sup>803</sup> PALOMO (2006) p. 459.

<sup>804</sup> Definida, nuevamente, como el “*duty of candor*” del abogado: WEIS (1992) p. 1.388.

<sup>805</sup> HAZARD (1998) p. 1.683, 1.684. William D. Mitchell, Presidente del Comité Asesor que redactó las FRCP consignó a este respecto que: “*Puede ocurrir que en grandes áreas metropolitanas, como la Ciudad de Nueva Cork, en que las condiciones son reconocidamente malas y muchas acciones deshonestas se presentan ante los tribunales, las reglas de discovery y examen ante – judicial ofrezcan oportunidades a abogados con un magro estándar ético. Pero cuando se apliquen a la nación en conjunto, creemos que las reglas relacionadas con estas materias se alinearán con una conciencia moderna e ilustrada en la materia y no serán objeto de abuso*”.

<sup>806</sup> MARCUS (1998) p. 748.

necesidades del litigio emprendido por los justiciables, manteniendo sin embargo un estatuto amplio para casos de envergadura, principalmente vinculados al quebrantamiento de garantías fundamentales<sup>807</sup>. Existe, con todo, cierto consenso en cuanto a que ya hace al menos tres décadas, los cambios a la estructura del proceso apuntan todos ellos, en mayor o menos medida, a la entrega de potestades de gestión al juez, a costa del dominio de las partes (y particularmente de sus abogados) sobre las herramientas del proceso<sup>808</sup>.

**2.1.4.-** Las herramientas del *discovery* implantadas por las FRCP y emplazadas todas ellas, recordemos, en la fase ante – judicial del litigio, esto es, una vez servida la notificación de la demanda e incluso antes de la contestación de la misma (presentaciones que, según se dijo con precedencia, pueden remodelarse a partir del resultado de este proceso)<sup>809</sup>, se materializan en (a) las declaraciones orales o escritas de testigos; (b) interrogatorios escritos dirigidos a las partes o a terceros; (c) requerimientos para inspeccionar documentos y obtener copia de ellos; (d) inspeccionar bienes físicos, raíces o muebles; (e) inspeccionar física o psicológicamente a las partes y (f) requerimiento de confesión de la parte<sup>810</sup>, que puede girar, o no, en torno a un determinado documento dado que, de hecho, el conflicto interpretativo de las normas del *discovery* se origina precisamente a partir de la amplitud que cabía darle al concepto de *deposition* que, inicialmente diseñado para obtener la declaración de terceros, se homologó para su aplicación en el proceso de exhibición de piezas documentales o de declaración jurada de las partes en admisión de las posiciones fundantes de las pretensiones de la contraria<sup>811</sup>.

A fin de obtener que la contraria preste colaboración en tal proceso, bastará una sencilla comunicación entre los abogados de las partes, previa a la conferencia ante – judicial a la que la ley convoca a los intervinientes<sup>812</sup>, en que la autoridad judicial rara vez asumirá un rol más o menos activo<sup>813</sup> (recelado por los operadores, viene al caso recordar<sup>814</sup>), generalmente ya emprendido el proceso. La intervención de la judicatura se reservará, pues, para aquellos casos – escasos por demás – en que alguna de las partes manifieste reticencia o injustificada denegación a colaborar en el desarrollo de esta fase<sup>815</sup>, evento en el cual se

---

<sup>807</sup> MARCUS (1998) p. 750.

<sup>808</sup> ROSENBERG (1988) p. 819.

<sup>809</sup> PEÑA (2017) p. 90.

<sup>810</sup> PEÑA (2017) p. 98.

<sup>811</sup> SUBRIN (1998) p. 718, 734.

<sup>812</sup> Regla 26 (f) FRCP.

<sup>813</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 127.

<sup>814</sup> HENCH (1994) p. 224.

<sup>815</sup> Esta y, en general, todas las peticiones dirigidas al tribunal que busquen de éste un pronunciamiento jurídico diverso de la sentencia, y que en el medio continental se englobarían bajo

pueden imponer una serie de sanciones atendiendo las *motions* que propongan las partes, desde la pecuniaria, hasta la de preclusión e incluso, en el caso más grave, el apercibimiento de ser resuelto el asunto sumariamente, sin mayor participación del rebelde<sup>816</sup>. Se convoca la intervención de la sede judicial, además, para resolver aquellos casos en que el litigante invoca que algún género de antecedentes se encuentra cubierto de algún *privilege* que justifica su denegatoria a exhibir<sup>817</sup>.

Cabe recordar además que rige, por modificación introducida a comienzos de la década de los 90 del siglo pasado<sup>818</sup>, la obligación de revelación espontánea por parte del litigante (*disclosure*)<sup>819</sup>, la que, teóricamente, recogió una práctica extendida en las judicaturas estatales<sup>820</sup>. De acuerdo a esta normativa, el abogado de la parte debe adelantarse a ofrecer a su contrincante una especificación de todos aquellos elementos o antecedentes que, estima, fundan sus pretensiones y cuyo examen ofrece en esa fase ante – judicial<sup>821</sup>, reforma no del todo feliz, pues ha originado una dispersión irregular de la institución entre las legislaturas estatales que anteriormente habían adoptado de manera más o menos uniforme la estructura de las FRCP sin contemplar dicha práctica sino que mantenerla dentro de las potestades facultativas del litigante (*balcanización*)<sup>822</sup>. Este fenómeno tuvo su origen en el hecho de haber acordado no sólo a las judicaturas estatales sino también a las federales, la potestad, reconocida por demás por la propia legislatura, de inaplicar esta parte del estatuto, fenómeno que contravino el objetivo de estandarización inicialmente buscado por los redactores de las FRCP<sup>823</sup>.

---

el concepto de “incidentes”, se formalizan a través de “*motions*” las que se ventilarán por escrito si se formulan en esta fase ante – judicial. Estas *motions* en la etapa ante – judicial habitualmente se originan en el desarrollo de las gestiones vinculadas al proceso de *discovery*: HAZARD ET AL (2006) p. 134.

<sup>816</sup> HAZARD ET AL (2006) pp. 129, 131.

<sup>817</sup> Regla 37 (a) FRCP.

<sup>818</sup> Con intensa oposición de la barra y de la legislatura federal. El juez Antonin Scalia, desde la Corte Suprema, sostuvo categóricamente que las nuevas normas: “...no calzan adecuadamente al interior del sistema judicial estadounidense (...) dado que ponen sobre los hombros de los abogados la obligación de revelar información que puede dañar a sus propios clientes” en MARCUS (1998) p. 768.

<sup>819</sup> Regla 26 (a)(1)(A) FRCP.

<sup>820</sup> MARCUS (1998) p. 765.

<sup>821</sup> PEÑA (2017) p. 85.

<sup>822</sup> NIEMEYER (1998) p. 519.

<sup>823</sup> No debe olvidarse que desde 1934, las normas procesales son promulgadas por la Corte Suprema en base a los estudios emanados de un Comité Asesor, por autorizarlo así la ley de delegación de facultades de esa fecha que tiene, entre sus objetivos principales, mantener una uniformidad de reglas procedimentales. Muchos de los problemas relativos a la adopción de reglas de manera irregular por las judicaturas se atribuyen a la inobservancia de estas reglas por parte del

Con todo, se ha descrito a partir de la investigación empírica de las últimas décadas<sup>824</sup>, que en realidad el uso de la herramienta del *disclosure* ha venido a ser sólo un complemento del *discovery* voluntario, pues los litigantes estadounidenses ya habían consagrado prácticas al respecto que fueron las que las propias reglas de disclosure vinieron a consagrar de forma positiva<sup>825</sup>, de manera tal que el impacto en las tasas de transacción, una de las finalidades declaradas de la fase ante – judicial (*settlement*<sup>826</sup>) no parecen haber sido impactadas de manera significativa por esta nueva entidad.

**2.1.5.-** Llegados a este punto de las reflexiones centradas en la institucionalidad en cuestión, y teniendo presente que las iniciativas destinadas a racionalizar la práctica forense al amparo de las FRCP han reclamado presencia permanente en los Estados Unidos prácticamente desde la promulgación<sup>827</sup>, resultará del todo necesario precisar que, en el estado actual de la cuestión, el núcleo de la controversia, tanto forense como dogmática, en torno al *discovery* y sus efectos sobre la litigación, amén abarcar la sempiterna cuestión acerca de la manera de lograr una contención racional sobre la amplitud de sus medidas e ingenios<sup>828</sup> que según se ha sostenido<sup>829</sup>, llega a predisponer la administración de la norma sustantiva que presidirá el diferendo<sup>830</sup>, gira en torno al radical (e imprevisible en la época de promulgación de las FRCP) efecto que tuvo en el mismo la rápida (y muy explicable) acogida que tuvieron las herramientas electrónicas e informáticas<sup>831</sup>, englobadas todas bajo el concepto de *ESI (Electronically Stored Information)*, fenómeno que obligó incluso a una modificación de las reglas procesales que gobiernan la institución, sancionada mediante una reforma a las

---

Congreso y a su pretendida (y criticada) ingerencia en estas materias, que se materializó en la Civil Justice Reform Act de 1990, ácidamente criticada y de escaso alcance práctico, según la experiencia forense ha demostrado. Así en CHASE (2006) p. 168.

<sup>824</sup> MARCUS (1998) p. 765.

<sup>825</sup> SHAVELL (2003) c.18- p.5.

<sup>826</sup> Regla 16 (a)(5) FRCP.

<sup>827</sup> No sonará extraño en nuestro medio el reclamo formulado, hace casi 40 años, por quien ocuparía la Presidencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el juez William Rehnquist, referido a una de las tantas iniciativas de racionalización del *discovery*: “...si aceptamos estos cambios de parche, retardaremos por años la adopción de reformas verdaderas y efectivas...”: MARCUS (1998) p. 760.

<sup>828</sup> Por todos, HAZARD (1998) p. 1.682.

<sup>829</sup> En sólo dos décadas, a fines del siglo XX, se conformaron a nivel federal al menos ocho grupos de trabajo cuya exclusiva función fue la de estudiar las vías de contención de los excesos del *discovery*, preocupación transversal y prevalente, al extremo que el propio Presidente Carter encargó, en 1977, esto es, en el origen de la organización de dichas actividades, concretamente que: “...(la Comisión) debe considerar las prácticas de ‘discovery’ a fin de limitar indagaciones caras y retardatorias que no vinculan con áreas relacionadas con las materias debatidas”: MARCUS (1998) p. 753.

<sup>830</sup> MARCUS (1998) p. 752.

<sup>831</sup> KANE (2007) p. 153.

secciones 26 y 34 de la FRCP promulgada en 2006 y modificada en 2008<sup>832</sup> por una parte y por otra, al alcance de los *privileges*<sup>833</sup>, esto es, de las materias cuyo acceso la parte puede legítimamente denegar a su contraria y que resultan ser críticas para el análisis de la amplitud que puede alcanzar este proceso<sup>834</sup>. Ya se señaló que todas ellas vinculan, de manera más o menos estrecha, con la garantía fundamental a la reserva de la vida privada<sup>835</sup>, pero su envergadura y alcance ha originado, como no, un sinnúmero de pronunciamientos y reglas de precedente que pueden ser agrupadas en, (a) salvaguarda del derecho a la no auto-incriminación; (b) resguardo de la privacidad en las comunicaciones generadas en la relación abogado – cliente; (c) reserva en torno al material de trabajo del abogado, tales como apuntes, notas o minutas; (d) secreto de las comunicaciones entre el médico y el paciente, a menos que refieran a las propias condiciones de salud o físicas de alguna de las partes; (e) algunas materias vinculadas a la relación de asesoría financiera; (f) resguardo de materias de seguridad nacional federal y (g) el secreto de las comunicaciones entre el sacerdote y el feligrés relacionadas con el ministerio de aquél<sup>836</sup>. Como es lógico, el tratamiento de estas específicas áreas de relación profesional, de negocios o personal ha sido materia de amplísimo debate y de extendida jurisprudencia<sup>837</sup>, no escasamente relacionada (y ampliamente agitada) con el primero de los ámbitos, esto es, del *discovery* electrónico que amplió el derecho y la obligación de obtener u ofrecer averiguaciones a niveles y por volúmenes nunca antes vistos<sup>838</sup>, dando todo ello lugar a nuevas prácticas, orientadas esta vez a preservar el *privilege* de la revelación inadvertida que supone la transmisión masiva de datos electrónicamente almacenados como lo son, por vía meramente ejemplar el *clawback* o el *quick peek* en que los litigantes asumen el compromiso de devolver la información no revelable que llegue a su poder o a señalar grupos genéricos de antecedentes que le permitan al titular de éstos sondear en ellos, de manera más definida, la eventual existencia de datos reservados<sup>839</sup>.

La adopción de nuevos estatutos de admisibilidad de indagaciones en fase de ante – juicio, en definitiva, demuestra que la herramienta del *discovery* como

---

<sup>832</sup> HEDGES ET AL (2017) p. 5.

<sup>833</sup> Tomando debida nota que se afirma que la debilitación del derecho probatorio, como consecuencia de la escasa prevalencia del juicio por jurados ha dado pie para abogar por la derogación de esta institucionalidad: KIRKPATRICK (1998) p. 365.

<sup>834</sup> HAZARD (1998) p. 1.690.

<sup>835</sup> LANGBEIN (1985) p. 845.

<sup>836</sup> HAZARD ET AL (2006) pp. 128, 129.

<sup>837</sup> Cuyo inicio lo marcó, precisamente, la ya citada sentencia del caso “*Hickman v. Taylor*” de 1947: SUBRIN (1998) p. 735.

<sup>838</sup> SUBRIN (1998) p. 744.

<sup>839</sup> HEDGES (2017) p. 36.

complemento necesario, e imprescindible<sup>840</sup>, del juicio adversarial en los Estados Unidos preserva toda su valía<sup>841</sup>, justamente cumpliendo el rol de salvaguardar la subsistencia del *adversary* partisano, bien por la vía de arrojar resultados de sustento fáctico de las pretensiones que permiten evitar el *trial* en fase ante judicial<sup>842</sup>, bien por la de materializar, en el caso concreto, la obligación de preservar la transparencia de la evidencia que sustentará las pretensiones de los litigantes<sup>843</sup>, lo que explica que en esta línea de razonamientos, los doctrinantes puedan haber sostenido que “...las reglas que imperan la admisibilidad de la evidencia (dentro de las cuales ocupan un lugar primordial, precisamente, los ‘privileges’)...deben permanecer como parte integral de cualquier sistema adjudicativo que busque preservar un proceso probatorio sustentado en bases racionales”<sup>844</sup>.

## 2.2.- El desarrollo del modelo inglés y sus medidas de contención.

2.2.1.- Ninguna de estas herramientas o ingenios concebidos para materializar un *discovery* apropiadamente dirigido o modulado a las necesidades del pleito en particular, o sólo algunas de ellas son necesarias, en cambio, en el medio inglés y en la mayoría de los ordenamientos del medio del *common law* modelados a partir de él que constituyen, por lo demás, el grueso de las naciones que reconocieron (o reconocen aún) la autoridad de la corona británica o su pertenencia a la Comunidad Británica de Naciones (*Commonwealth*).

A pesar de reconocer una raíz histórica idéntica, emplazada en las reglas del proceso en *equity* y las disposiciones que el tribunal en *Chancery* podía adoptar para encauzar la litigación promovida en esa sede<sup>845</sup>, lo cierto es que el *discovery* en el medio inglés (denominado, a partir de 1999, *disclosure*<sup>846</sup>) nunca evolucionó hacia la obtención de declaraciones de las partes o de testigos que, como se explicó con precedencia, marcó el punto inicial de la explosiva evolución de los medios de indagación en la sede estadounidense, verificándose un desarrollo sensiblemente diverso de la institución<sup>847</sup> (que ya ha sido subrayado con precedencia). En este específico caso, la indagación testimonial se sustituyó finalmente, a mediados de la década de los 80 del siglo pasado<sup>848</sup>, por una simple

---

<sup>840</sup> KANE (2007) p. 154, 155.

<sup>841</sup> SUBRIN (2002) p. 300.

<sup>842</sup> HAZARD ET AL(2006) p. 138.

<sup>843</sup> MARCUS (1998) p. 749.

<sup>844</sup> KIRKPATRICK (1998) p. 368.

<sup>845</sup> Fundada remotamente en la “*Denunciato Evangelica*” del Derecho Canónico: SORABJI (2013) p. 304.

<sup>846</sup> DE PRADA ET AL (2014) p. 110.

<sup>847</sup> SUBRIN (2002) p. 303.

<sup>848</sup> SORABJI (2013) p. 306.

especificación escrita de una declaración resumida del testigo<sup>849</sup>, intercambiada en la fase ante – judicial coetáneamente con las indagaciones documentales<sup>850</sup> y que puede servir de base para el contra – examen del testigo.

En la sede británica, las reglas germinales de la obligación de *discovery*, establecidas por las leyes judiciales de 1873 y 1875 (que vinieron a recoger normas de precedentes cuyo origen se pierde en el tiempo), que fueron condensadas y liberalmente interpretadas por el fallo de precedente y fundante dictado en el *leading case* “*Compagnie Financiere et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.*” de 1882<sup>851</sup>, se vinculan directa y exclusivamente con el alcance que debe tener el *discovery* de documentos, ampliando la interpretación literal de las expresiones “(que) puedan conducir a la revelación de evidencia relevante” aunque no se refieran directamente a la prueba en sí<sup>852</sup> y que más tarde recogieron las FRCP, desprovistas eso sí de su vinculación directa a las cuestiones litigiosas, incrementando geométricamente la envergadura de las medidas en comento<sup>853</sup>, alejándose del *discovery* estrictamente documental.

Estas normas, que con su desarrollo forense fueron consideradas de una amplitud largamente inadmisibles por los propios operadores forenses<sup>854</sup> y cuya envergadura se vio sólo incrementada con la abolición del jurado en los juicios civiles dispuesta en la reforma de 1933<sup>855</sup> (muestra, dicho sea de paso, del pragmatismo de las reformas adoptadas en dichas latitudes<sup>856</sup>), fueron revisadas, tras más de un siglo de vigencia, por el informe Woolf, precursor y base de la reforma de 1999 de las CPR<sup>857</sup>. La reforma emprendida en el umbral del nuevo siglo en Reino Unido se

---

<sup>849</sup> CPR Parte 32.4 (2).

<sup>850</sup> ANDREWS (2012) p. 260.

<sup>851</sup> Caso sobre indemnización por infracciones contractuales generadas por la irregularidad en la entrega de guano para la exportación debido a la Guerra del Pacífico.

<sup>852</sup> “*Es nuestra intención formular una regla de la mayor amplitud que el respeto al derecho de propiedad permita y por lo tanto, buscamos entregar la interpretación más extendida que podamos a la expresión legal: ‘un documento relativo a cualquier materia vinculada con la acción’. Pensamos que resulta evidente (...) que los documentos que deben ser puestos a disposición no están restringidos a aquellos que se transformarán en evidencia para acreditar o desacreditar cualquier materia controvertida*”. Cita a Lord Justice Brett en “*Compagnie Financiere...*” en HAZARD (1998) p. 1.678.

<sup>853</sup> HAZARD (1998) p. 1.677.

<sup>854</sup> ZUCKERMAN (1999) pp. 125,126.

<sup>855</sup> KIRKPATRICK (1998) p. 365.

<sup>856</sup> ANDREWS (2012) p. 256.

<sup>857</sup> No se ha descrito para la sede inglesa, en todo caso, en qué medida las modificaciones a las reglas procesales resultaron ser funcionales a las exigencias impuestas por la uniformación de procedimientos propia de la incorporación a la Unión Europea y, por tanto, a un medio imperado por un modelo de juicio civil delineado en base al modelo continental (bien que se analizó antes que no existen modelos puros y que la tendencia a la convergencia es notoria). Este fenómeno de asimilación se revelará sólo tras la decantación de los estatutos destinados a materializar la

caracterizó, en discutible contraste con el estatuto predecesor, por un reglas que implican una abierta promoción de la racionalización de los medios públicos, materiales y humanos, puestos a disposición de los litigantes en el contexto del litigio adversarial partisano<sup>858</sup> (a pesar de permitir el requerimiento de indagaciones aún antes de la traba de la litis<sup>859</sup>) y, por consiguiente, por una racionalización considerable de una serie de herramientas procesales, entre ellas, las propias del *discovery*<sup>860</sup>, con resultados que, sin embargo, no han sido favorablemente apreciados en forma unánime por doctrina y operadores<sup>861</sup>, particularmente en lo que toca a los costos que involucra la litigación en sede estatal.

**2.2.2.-** Sin perjuicio de la valoración desfavorable que pueda dirigirse en contra de la consecución de los objetivos de la reforma de fines del siglo pasado (la que, insistimos, se centra primordialmente en su fracaso en el esfuerzo de moderar las cargas pecuniarias a las que se ven sujetos los litigantes en el juicio estatal heterónomo<sup>862</sup>), lo cierto es que ella no implicó en esta materia, de manera alguna, un giro radical que implicase una disminución sustancial del derecho a obtener un estatuto de información pre – litigiosa adecuado y proporcionado a la entidad del juicio cuya puesta en marcha se anuncia, que mantiene su entidad como objetivo del proceso de *disclosure*<sup>863</sup>. La modulación del proceso que, empero, sí se determinó como meta prevalente del nuevo texto normativo se alcanza, según parece confirmar la experiencia empírica del Reino Unido<sup>864</sup>, de una reglamentación demandante por una precisión mayor en las alegaciones vertidas en las piezas fundantes de la etapa de discusión, moduladas con la entidad de los derechos en liza y, de la mano de ello, la exigencia de la manifestación expresa de la vinculación entre la indagación requerida y la manera en que ésta engarza con

---

separación del Reino Unido de la Unión y, por lo tanto, se trata de una materia en pleno desarrollo, de desenlace difícilmente predecible aún. De momento, lo cierto es que las CPR señalan, todavía, un derrotero, congruente con una evolución histórica antecedente, y sensiblemente diverso al que observó el medio imperado por las FRCP que, como se dijo, preserva una individualidad difícil de soslayar a la hora de analizar sus instituciones.

<sup>858</sup> Fueron los objetivos de la propuesta de la Comisión Woolf en esta materia: (a) Dar sustento a una perspectiva más colaborativa, menos confrontacional de la litigación; (b) Asegurar que el intercambio de información pertinente entre las partes se verificara en la etapa más temprana posible; (c) Facilitar, con ello, las negociaciones transaccionales en esas mismas fases del proceso y (d) Permitir, en el caso que fracasaran los intentos de negociación extrajudicial directas, el acceso a una litigación en los términos más económicos posibles, así como proporcionados a la envergadura de la cuestión litigiosa. Así en SORABJI (2013) p. 299.

<sup>859</sup> DE PRADA ET AL (2014) pp. 113, 114.

<sup>860</sup> PALOMO (2006) p. 459.

<sup>861</sup> SORABJI (2013) p. 213.

<sup>862</sup> DE PRADA ET AL (2014) p. 55.

<sup>863</sup> ANDREWS (2013) pp. 75,76.

<sup>864</sup> ANDREWS (2013) p. 88.

la cuestión debatida<sup>865</sup>, sumado a una limitación temporal del proceso y una convicción más bien cultural de los operadores del foro en torno a la obligación que les impone el sistema de contar un fundamento primario de su pretensión indagatoria<sup>866</sup>, que el operador continental no vacilaría en denominar *fumus bonis iuris*<sup>867</sup>, a lo que habrá de agregarse la presencia de una sede judicial más activa en pos de preservar el siempre prevalente “*overriding objective*”, que informa las bases fundamentales de la reforma de las CPR de 1999. Se incrementó, de esta forma, la utilidad que representa esta etapa ante judicial tanto al interior del juicio adversarial como para las opciones de resolver el litigio en sede alterna, función doble que se refuerza, como queda dicho, con una intervención más activa de la judicatura<sup>868</sup>.

Amén de la serie de precisiones y salvedades que se dejan anotadas, resultará de particular interés constatar que en el medio inglés se pueden percibir, al interior del sistema de enjuiciamiento civil estatal, análogos efectos a aquellos que se describen para el modelo estadounidense producto de la aplicación del *discovery* en fase ante – judicial, traducidos en una notoria modulación del número de asuntos que llegan a ser resueltos mediante una sentencia tradicional adjudicativa orientados hacia el uso racional y proporcionado de los recusos<sup>869</sup>, por una parte y por otra, una apreciable reducción de la asimetría de información de los litigantes que posee la potencialidad de amenazar, en origen, a su vez, con una contravención al principio de igualdad de armas que subyace de manera universal<sup>870</sup>, como supuesto básico, a la entidad del juicio adversarial partisano<sup>871</sup>. Es perfectamente dable entender, por ende, y así parece demostrarlo el desarrollo de la institución en el Reino Unido y la priorización cualitativa obtenida<sup>872</sup>, que todo el proceso de *discovery* sí puede ser modelado en aras de una contención racional de sus herramientas y entidades sin llegar comprometer, en ese proceso, el producto que su aplicación representa respecto de la transparencia que supone la igualación de información, ni la titularidad de los litigantes sobre los medios que

---

<sup>865</sup> Obtenido gracias al desarrollo, por parte de los litigantes, de estrictos “protocolos prejudiciales” o “*Pre-Action Protocols*” (PAP) en los que describen su acción y la forma en que se sustenta la misma, tanto jurídica como tácticamente. Se trata éste de un reflejo del deber de transparencia impuesto sobre el litigante de acuerdo a la naturaleza de la acción que anuncia ejercer, inserto ya desde la fase pre – judicial, que demanda una gran precisión de su parte pues formarán el sustento de las demandas propiamente dichas que gracias a esta fase, ganan la precisión y síntesis que los operadores estadounidenses echan de menos en sus etapas de discusión: ANDREWS (2012) p. 257.

<sup>866</sup> SUBRIN (2002) p. 304.

<sup>867</sup> HAZARD (1998) pp. 1.679, 1.681-1682

<sup>868</sup> ANDREWS (2012) p. 259.

<sup>869</sup> ZUCKERMAN (2006) p. 159.

<sup>870</sup> ANDREWS (2013) p. 82.

<sup>871</sup> SORABJI (2013) p. 298.

<sup>872</sup> ANDREWS (2012) p. 283.

aquél pone a su disposición, en delicado equilibrio con las potestades que se le confieren a la sede judicial en la gestión del proceso global del ante - juicio<sup>873</sup>, que parecen haber sido instrumentales para obtener una contención racional de la institución<sup>874</sup>.

Preside la declaración legal, en tal sentido, la imposición al juez del deber primario de velar por la igualdad de armas (*ensuring that the parties are on equal footing*)<sup>875</sup>, vinculado con el incentivo al recurso de la sede alterna (mediación en particular), a la adopción de medidas que incrementen la celeridad del proceso, la racionalización de los recursos judiciales<sup>876</sup> y, en general, con la promoción del impostergable deber de colaboración entre litigantes<sup>877</sup>, específicamente normado desde las primeras reglas del estatuto reformado de 1999, en conjunto con la concesión de las amplias potestades de gestión judicial de la controversia que se vienen de referir<sup>878</sup> que, por si alguna duda hubiese restado, debe observar una prohibición expresa de cualquier signo sintomático de las tan temidas “expediciones de pesca”<sup>879</sup> que pueden conducir a severas sanciones, tan graves como las estipuladas para el eventual incumplimiento de la obligación<sup>880</sup>, y que ha abierto un nuevo frente de discusión frente a la severidad de estas medidas y la manera cómo ellas implican una presión excesiva sobre el litigante, motivo por el cual se ha caracterizado un cierto enfoque “*disciplinario*” del proceso<sup>881</sup>.

Esta última perspectiva para enfrentar el desarrollo del proceso adversarial y el rol que juegan en él las partes no debe ser, sin embargo, desdeñada, pues no resulta en absoluto aventurado sostener que la materialización de un litigio adversarial equitativo y transparente, en general y la concreción eficiente de un proceso en que se manifieste el deber de revelar evidencia en la fase ante – judicial, en particular, se debe, en una medida no menor, a una consideración global de las necesidades impuestas por la litigación y a la imposición de una cultura de obligaciones procesales debidamente equilibradas con las prerrogativa de los operadores<sup>882</sup>. La participación en el proceso litigioso, como la fase ante – judicial del *discovery* o *disclosure* lo demuestran, importa la concesión, desde luego, de una serie de prerrogativas que, sin embargo, no pueden llegar a posponer la

---

<sup>873</sup> MARCUS (1998) p. 781.

<sup>874</sup> CHASE ET AL (2017) p. 22.

<sup>875</sup> CPR Parte 1.1 (2)

<sup>876</sup> ANDREWS (2012) p. 262.

<sup>877</sup> CPR Parte 1.4 (2) (a).

<sup>878</sup> CPR Parte 3.1 (2).

<sup>879</sup> SORABJI (2013) p. 300, con cita al caso de precedente: “*Bermunda International Securities Ltd. V. KPMG*” de 2001.

<sup>880</sup> DE PRADA ET AL (2014) p. 115.

<sup>881</sup> ANDREWS (2012) p. 265.

<sup>882</sup> ZUCKERMAN (2006) p. 160.

debida observancia de los estándares que el propio sistema impone al operador<sup>883</sup> y que encuentran fundamento en la necesidad ineludible de racionalizar el uso de las herramientas puestas a disposición de éste y de los recursos judiciales en general. Es esta, en nuestro criterio, la manera correcta de aproximarse a un diseño funcional y modulado de la institución en estudio, que conduce de mejor manera al logro de los objetivos que la misma se ha propuesto. Una óptica del proceso basada en las obligaciones que debe asumir el litigante conducirá, pues, de manera reflexiva, a un desarrollo pertinente y equilibrado de la fase ante – judicial y de las imprescindibles entidades de indagación que en ella radican<sup>884</sup>.

### **3.- Los SARC/ADR, su justa dimensión jurisdiccional y funcional.**

#### **3.1.- Dos digresiones previas.**

Antes de proseguir, en este capítulo, con el análisis de los SARC en la manera en que éstos se erigieron como complemento alternativo (o adecuado) de presencia prevalente ante la oferta estatal de justicia, estimamos imprescindible efectuar dos digresiones previas de carácter parcialmente metodológico, pues revestirán utilidad, por una parte, para perfilar de mejor forma el objeto en estudio y, por otra, presentarán oportunidad de profundizar de manera correcta y unívoca en éste último.

**3.1.1.-** La primera cuestión, se vincula con una fundamental distinción entre los SARC que se presentan como alternativa al litigio civil común, entendiendo por tales todos aquellos que no correspondan al ámbito del derecho comercial y a éstos últimos, por reconocer ambos grupos orígenes manifiestamente diversos, que encuentran profundas raíces históricas y evolutivas.

Ya tuvimos la oportunidad de reseñar previamente cómo, en plena época de desarrollo del movimiento del “realismo jurídico” que, en los Estados Unidos coincide con la puesta en marcha, primero, del “*new deal*” político y más tarde con la “*war on poverty*” y, por lo tanto, de profunda (y hasta entonces desconocida)

---

<sup>883</sup> ANDREWS (2013) p. 23. Repara este autor la postura sostenida por Zuckerman en cuanto éste abogaría por un incremento en la severidad con que los jueces sancionan las conductas abusivas o retardatorias de los litigantes, en la medida que un aumento del rigor no puede aplicarse de manera uniforme sin comprometer la línea esencial vinculada con la equidad procesal que debe preferirse por sobre otras consideraciones, agregando lo que denomina el “daño colateral” que puede entrañar hacia los intereses del representado que carece de ingerencia en la conducta que origina la sanción, lo que vendría en definitiva a agregar una presión indebida sobre los litigantes. Con todo, Zuckerman ha mantenido, una línea consistente con su reclamo como requisito primordial para obtener un compromiso del litigante alineado con los fines del proceso, refutando que represente una exigencia “draconiana”, como la moteja Andrews. Así en ZUCKERMAN (2013) pp. 138, 139, comentando la modificación a la regla 3.9 de las CPR que autoriza a los jueces a moderar o relevar de sanción la conducta del litigante.

<sup>884</sup> ZUCKERMAN (2006) p. 161.

ingerencia del aparato estatal administrativo en el medio social como vehículo de políticas públicas<sup>885</sup>, se produce un desarrollo muy importante de los SARC vinculados al enorme complejo corporativo-económico-financiero<sup>886</sup>, en busca de preservar la resolución de los litigios de dicha área al margen de la decisión de los jueces estatales y de la ingerencia de políticas públicas que ello podría representar en el mundo del emprendimiento empresarial estadounidense, tenida como un verdadero caos en el estatuto jurídico<sup>887</sup>.

Este último movimiento de “fuga” del aparato estatal de justicia no es nada nuevo para el mundo de los negocios; muy por el contrario, se puede identificar con las raíces mismas del estatuto jurídico comercial<sup>888</sup> y la manera cómo éste evolucionó en las economías, primero, europeo occidentales y más tarde, de forma casi hegemónica, en el eje angloamericano (sólo muy recientemente) puesta en liza por la influencia asiática en los mercados.

En efecto; de forma casi unánime la dogmática reconoce en la génesis misma del estatuto jurídico comercial el desarrollo de un derecho de las obligaciones y contratos que, al carecer de instrumentos jurídicos normados que diesen respuestas ágiles y eficientes a sus necesidades regulatorias en el derecho civil común, crearon una serie de instituciones propias, diversas de aquellas normadas por el derecho civil tradicional<sup>889</sup>. De la mano con ello, como era lógico, se generó una jurisdicción propia, privativa de este derecho de carácter estamentario, pues sólo ella se encontraba en capacidad de aplicar adecuadamente esta nueva institucionalidad jurídica<sup>890</sup>. Así queda de manifiesto en el estudio de la fuente histórica del *Code* francés de 1807 (fuente inspiradora éste de nuestro Código de Comercio), que establece un catálogo de los actos de comercio (antecedente de nuestro artículo 3 del Código de Comercio) precisamente a propósito de la jurisdicción de los juzgados de comercio y que proviene de las Ordenanzas de Luis XIV, esto es, de casi dos siglos atrás<sup>891</sup>. El hecho que esta jurisdicción se reservare, de hecho, para los juzgados de comercio responde al hecho que se trata de una etapa en que se desarrolla con particular fuerza el concepto del estado nación y en que, por lo tanto, se imponía la prioridad de entregar a jueces funcionarios el rol de decir justicia, pero ello sólo como una reacción a la

---

<sup>885</sup> Tan radicalmente desconocido en los Estados Unidos que dio origen a la expresión: “*The tail wags the dog*”, es decir, “la cola meciendo al perro”: SUBRIN (1987) pp. 922-969.

<sup>886</sup> SUBRIN (1987) p. 960.

<sup>887</sup> SUBRIN (1987) p. 982.

<sup>888</sup> PUGA (2005) p. 48.

<sup>889</sup> Por todos: BAEZA (2008) pp. 110-114.

<sup>890</sup> PUGA (2005) p. 51.

<sup>891</sup> BAEZA (2008) p. 215.

impartición de justicia estamental por parte de tribunales arbitrales o de mediación que eran tenidos como contrarios a la noción de unificación del Estado<sup>892</sup>.

El caso es, que el derecho comercial nace y se desarrolla al amparo de una fuerte convicción de atribución de competencia y delimitación de jurisdicción especial entregada a la resolución de jurisdicciones especiales, propias e incluso generadas por los propios grupos económicos involucrados en la materia<sup>893</sup>, lo que tiene un trasunto aún hasta nuestros días, en la reglamentación de las materias de arbitraje forzoso que contempla el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, entre las cuales imperan las materias jurídico - comerciales. Similar fenómeno se describe para la sede estadounidense, es decir, del desarrollo de una sede alterna para la resolución de los conflictos del ámbito comercial, de origen prácticamente coetáneo con el establecimiento de las primeras colonias en territorio norteamericano, concretamente, obra de los colonos holandeses establecidos en “Nueva Amsterdam” que más tarde devendría en la ciudad y estado de Nueva York, cuya cámara de comercio institucionalizó sus tribunales arbitrales ya a mediados del siglo XVIII<sup>894</sup>, bien que tomaría un período considerable de tiempo hasta que los jueces estatales dejaran de considerarla una suerte de jurisdicción inadmisiblemente informal o de una densidad normativa menor, rasgos que, en ese entendido, impedía su reconocimiento como instrumentos jurídicos de rigor cercano al producto del juicio estatal adjudicativo tradicional<sup>895</sup>.

Este fenómeno, de imperio de los SARC en el derecho mercantil, no ha hecho sino profundizarse con el paso del tiempo, producto del típico carácter transnacional de este ordenamiento jurídico: dado que las tradicionales reglas de remisión del Derecho Internacional Privado ha revelado, consuetudinariamente, su impotencia como herramienta de resolución de los conflictos comerciales internacionales, se impuso la necesidad de restar esta jurisdicción a los foros nacionales estatales y radicarlos en instancias auto - compositivas internacionales, especialistas en las

---

<sup>892</sup> “Lo esencial del derecho comercial es que se constituye en un derecho de comerciantes regido por una jurisdicción especial, la jurisdicción consular o mercantil. En los primeros tiempos tanto la normativa como la integración de los tribunales de comercio eran resorte de los gremios o corporaciones. Pero es la razón de ser de estos tribunales lo que determina el nacimiento de un derecho comercial autónomo (...) No es un derecho creado por el poder público, por el poder legislativo, por la asamblea de ciudadanos. No, es un derecho que mana de los estatutos jurídicos que las propias corporaciones promulgan desde sí y para sí y que imponen a la sociedad civil (...) ¿Cómo lo imponen a la sociedad civil? Por la vía de arrastrar a la jurisdicción mercantil todos los asuntos de interés profesional de los comerciantes, terminaron por imponerse a todos”: PUGA (2005) p. 62.

<sup>893</sup> PUGA (2005) p. 66.

<sup>894</sup> CHASE (2011) p. 141.

<sup>895</sup> RESNIK (2003) p. 187, 188.

reglas particulares del cada día más complejo comercio internacional<sup>896</sup>, perpetuando la tendencia del mundo corporativo comercial a restar sus conflictos jurídicos de la sede estatal tradicional heterocompositiva y expandiéndola a un extremo que resulta muchas veces excesivo, incluso para los propios promotores de los medios alternos por la desprotección que las complejísimas cláusulas de compromiso o de mediación importan para la parte más débil de la relación, fenómeno cada vez más presente en el mundo de las relaciones comerciales globales<sup>897</sup> que se sirven hoy en día de los medios electrónicos como novísima sede de resolución alterna de conflictos. Este último medio ha originado toda una nueva rama de medios alternos que los especialistas han dado en denominar “ODR” (*On-Line Dispute Resolution*), puesta ahora por completo al margen de la jurisdicción estatal o de límites fronterizos, cuya verdadera naturaleza jurisdiccional está aún por ser desarrollada, pues han tomado distancia, también, de los ADR tradicionales, llegando inclusive a cuestionarse que formen efectivamente parte de este universo<sup>898</sup>.

El desarrollo de los SARC para la dilucidación de conflictos civiles ordinarios, ajenos a la jurisdicción comercial tradicional siguió en cambio, también en el ordenamiento angloamericano, un derrotero absolutamente diverso. La sede “natural” (empleando la terminología de Bentham) para la resolución del litigio civil tradicionalmente fue el tribunal heterónimo estatal, a pesar que se abogase por una composición ciudadana de éste<sup>899</sup>. Muy por el contrario de lo que ocurría con los SARC propios del estatuto jurídico comercial, la evolución de los medios alternos en esta sede se verifica, mucho más tarde, a propósito de la crisis que la propia jurisdicción estatal se representa (aunque no del todo comprobada

---

<sup>896</sup> ANDREWS (2012) p. 279.

<sup>897</sup> TRAUM ET AL (2017) p. 694.

<sup>898</sup> MENKEL-MEADOW (2017) p. 7. Reportando acerca de las ponencias de la 15ª. Conferencia de ODR desarrollada en La Haya en 2016, aporta esta autora dos antecedentes que sin duda ponen en pie la interrogante acerca de la ruta evolutiva que adoptarán estos medios y el objetivo que puede, eventualmente perseguirse con su expansión. Primero, señala que un solo medio comercial on-line (Ebay) gestiona al año, un número aproximado de 60 millones de conflictos gracias al establecimiento de estos medios digitales de resolución de los mismos, guarismo que utiliza, desde luego, para demostrar la imposibilidad material que cualquier judicatura estatal llegase a cubrir esa demanda por resolución de diferendos. Segundo, informa que el gobierno del Reino Unido ha invertido una suma cercana ya a mil millones de libras esterlinas para implantar y desarrollar su propia plataforma de ODR para resolución de conflictos de una cuantía inferior a las 25 mil libras que entraría en marcha en el curso de 2018. Se sostiene que el ahorro en infraestructura judicial tradicional por sí solo justificará esta enorme inversión en un medio que, hasta ahora, se ha empleado primordialmente de manera privada por los grandes sitios comerciales de la web y sólo en programas piloto desarrollado en diversos ordenamientos del globo, como Holanda o Australia.

<sup>899</sup> Con inquietantes notas de resonancia verdaderamente conspirativa, al sugerir que tras la promoción de los ADR subyace la inconfesa intención del aparato público de abolir del todo la administración estatal de justicia: CHASE (2011) p. 82.

empíricamente, como se verá a continuación<sup>900</sup>) al revelarse incapaz de satisfacer las demandas de los interesados de manera ágil y eficiente.

No existía acá, a diferencia del medio mercantil, un derecho particular que aplicar, cuya complejidad demandase un foro particularmente especializado, y tampoco se impuso la necesidad de “huir” del mecanismo estatal heterocompositivo adjudicativo sino que, antes bien, el núcleo de resolución de conflictos se mantuvo fielmente atado al estamento público judicial hasta que éste demostró la ya mencionada incapacidad, que dio lugar a “*Las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia*” para emplear las propias palabras de Roscoe Pound en su celeberrima conferencia de comienzos del siglo XX<sup>901</sup>, génesis de la escuela del realismo jurídico estadounidense y tutor de la evolución del aparato judicial a lo largo de la pasada centuria, junto con la redefinición del rol del juez al interior del mismo<sup>902</sup>. Es precisamente en las conferencias Pound de 1976, llevadas a cabo a instancias del Juez Presidente de la Corte Suprema, Warren E. Burger y del académico de la Universidad de Harvard, Frank Sander, desarrolladas bajo el mismo nombre de la ponencia de Roscoe Pound, en el 70° aniversario de su ponencia original, en que se origina el verdadero movimiento SARC moderno en los Estados Unidos, vinculado a materias diversas de las corporativas o comerciales, movimiento éste que se relacionó, ya desde sus orígenes, con la promoción intrajudicial de los mismos y con un desarrollo de los medios alternos paralelo al de la justicia estatal, tanto es así, por ejemplo, la propuesta de arbitraje asignado por el tribunal, contempla la alternativa de una apelación estatal y un juicio *de novo*<sup>903</sup>. Finalmente, entre 2016 y 2017 se desarrollaron en diversas capitales del mundo las *Global Pound Conferences* y si la primera ponencia de 1906 sólo trató de los SARC como alternativas viables de resolver los nudos críticos de la administración estatal de justicia, en tanto que la

---

<sup>900</sup> CHASE (2006) p. 168, 169.

<sup>901</sup> La insatisfacción con el aparato estatal de justicia parece haber sido, en realidad, una constante de todos los ordenamientos y los tiempos y así lo apuntaba el propio Roscoe Pound al consignar, con una actualidad profética (considérese que se trata de los juicios vertidos hace más de un siglo –en 1906- por un jovencísimo -36 años- decano de Derecho de una Universidad del Oeste estadounidense – Nebraska- que tampoco era de las que figuraban en primera línea y quien ni siquiera había obtenido el título de abogado, pues tras seguir una formación vinculada a las ciencias botánicas y doctorarse en el área, siguió estudios formales de derecho en Harvard por tan sólo un año, antes de volver a su natal Nebraska a seguir, como un verdadero autodidacta, una carrera vinculada con la investigación y enseñanza del derecho), lo siguiente: “*La falta de satisfacción en el aparato de justicia es tan antigua como el derecho mismo (...) Todos los sistemas legales aplicados al interior de todos los pueblos han originado las mismas quejas y reclamos (...) Es obvio, por lo tanto, que deben existir alguna o algunas causas que sean inherentes a todos los ordenamientos jurídicos y a todos los sistemas legales que conduzcan invariablemente a producir este efecto universal y prevalente*”. Así en MARCUS (1998) p. 784.

<sup>902</sup> TARUFFO (2008) p. 132.

<sup>903</sup> TRAUM ET AL (2017), p. 2017.

segunda conferencia, de 1976, se propuso derechamente instaurar un estatuto intrajudicial de promoción de los mismos, las últimas tuvieron por objeto tratar de manera exclusiva el desarrollo de los SARC en 24 países y su relación con las administraciones de justicia. Lamentablemente, la participación hispanoamericana no contempló un reporte chileno<sup>904</sup>.

Constituye un profundo error, por lo tanto, intentar hermanar los SARC propios del medio mercantil (particularmente internacional), aún conceptualmente, con aquellos que han nacido al alero de la justicia civil estatal no especializada y ello explica, por ejemplo, la dificultad que presentan para asentarse a pie firme en muchos ordenamientos, como el nacional, habituados a demandar (y obtener) la aplicación del derecho por parte de la instancia judicial estatal tradicional. Los SARC, concebidos de la forma que lo ha hecho el ordenamiento jurídico mercantil, nacieron y se desarrollaron hace largos siglos, exitosamente por demás<sup>905</sup>, para materializar la aplicación de un derecho propio, estamentario, muchas veces ni siquiera positivizado en cuerpos legales nacionales, en tanto que los medios alternos civiles no comerciales se ven constreñidos a aplicar, en ausencia de reglas convencionales, el derecho positivo nacional común que, por cierto, constituye el cuerpo normativo que el tribunal estatal, también, debe aplicar.

Las consecuencias de lo que se viene diciendo son de profunda relevancia para el objeto de este estudio e incluso rebasan sus límites en una medida no menor. Se propuso, como punto de partida de la investigación, asumir como un hecho dado que tanto desde la sede legislativa como de gobierno judicial se ha fijado, como objetivo de los procesos de reforma, la promoción de los SARC como parte de una política pública de promoción al acceso de justicia.

Las ideas que se vienen de plantear se emplazan, sin embargo, en un estadio previo de la cuestión: ¿resulta propio enlazar una reforma procesal civil con un diseño de políticas públicas de este orden? Sabemos que los ordenamientos angloamericanos presentan un desarrollo impresionante de todo tipo de mecanismos SARC originados en las propias necesidades de su juicio estatal<sup>906</sup> y, desde luego, constituyen un modelo a seguir en esta materia, en la medida, claro está, que se preserve la promoción de éste como uno de los objetivos de la

---

<sup>904</sup> Dado que se trata de una actividad de muy reciente a la fecha del desarrollo de esta investigación, el material que surge de las Conferencias Pound 2016-2017 se encuentra en pleno período de preparación para su entrega. Para las bases dogmáticas de las mismas, y análisis sectorizado de sus resultados: <https://www.globalpound.org/gpc-series-data/#397-gpc-series-final-report>, visitado el 12 de junio 2018.

<sup>905</sup> Comulgando con el fenómeno descrito pero sin llegar a sondear en los orígenes del mismo: DELGADO (2016) p. 249.

<sup>906</sup> SUBRIN (1987) p. 912, emparejando a los sistemas alternos con la gestión judicial y la promoción de alternativas transaccionales como herramientas de mitigación de las debilidades del adversarial.

reforma, pero ¿no debería haberse planteado previamente un debate en torno a los motivos que originaron en ese (y en otros) medios la “explosión” de los SARC? ¿no resulta acaso llamativo que medios de tradición continental que cuentan con procesos civiles estatales modernos muy desarrollados presenten notorias dificultades a la hora de insertar SARC civiles no comerciales<sup>907</sup>? ¿o es que acaso el único motivo que explica, en definitiva, la promoción expansiva de los SARC civiles no comerciales radica en la (escasamente sorprendente) debilidad del aparato estatal de justicia y en su incapacidad de ofrecer una respuesta eficaz y de calidad? Eso, al menos parece enseñarnos la experiencia angloamericana y la debilitación del paradigma adversarial que se ha manifestado en esas latitudes a lo largo de los años y ello explica además, entre otras cosas, que entre nosotros uno de los principales cuestionamientos a la decisión adoptada en esta materia radique en la medida que estas determinaciones puedan afectar al derecho del interesado al acceso al aparato judicial estatal y con ello, contravenir una garantía fundamental que el Estado se encuentra llamado a preservar.

Retomando nuestro punto de partida, y considerando como un hecho dado, no controvertible, que las políticas públicas que subyacen a la promoción de los SARC se encuentran ya emplazadas firmemente en nuestro proceso de reforma, las reflexiones que anteceden deben, sin embargo, llevar a concluir que los medios alternos que se promuevan desde la sede estatal y aún judicial, como solución para el conflicto civil no mercantil, como enseña la experiencia angloamericana<sup>908</sup>, deben ser diversos de aquellos que actualmente imperan en nuestro estatuto jurídico mercantil, teniendo particularmente presente que, al igual que el tribunal estatal, se encuentran llamados a dar aplicación, salvo norma convencional en contrario, desde luego, al derecho nacional común legislado y que resulta completamente lógico que se demande del sistema que se desarrolle un acabado mecanismo de salidas tempranas y de retorno a la justicia estatal heterónoma, bien sea que el estatuto opte por herramientas “*opt in*” u “*opt out*”, esto es, que se imponga a los involucrados la obligación (o no) de recurrir a la sede SARC como requisito previo de procesabilidad civil ante el tribunal estatal heterónimo.

---

<sup>907</sup> Emblemático resulta el ejemplo alemán y la dificultad que ha encontrado para entronizar los SARC en materia civil no comercial, aún de intensidad menor, como la mediación que se mantiene preferentemente en la línea de investigación académica y acalorado debate, pero con relativamente escasa aplicación práctica: ALEXANDER ET AL (2006) p. 181.

<sup>908</sup> Con referencia a los *small claims courts* destinados a asuntos de cuantía más bien limitada: TARUFFO (2008) p. 210. Este autor que, como se expuso previamente, es abiertamente crítico del modelo adversarial estadounidense, describe el éxito alcanzado por estos modelos de SARC insertos al interior del aparato judicial tanto desde la perspectiva de los usuarios como de la propia administración pública de justicia.

Tanto los ya descritos como otros mecanismos serán aplicables, en la medida que se convenga, primero, en que los medios alternos a ofrecer deben ser propios del litigio civil no comercial, diseñados específicamente para éste último y, segundo, que su promoción deben provenir de la sede jurisdiccional estatal que es la primariamente llamada a dar aplicación al derecho común legislado que el SARC deberá eventualmente, también, aplicar.

**3.1.2.-** El segundo punto engarza, asimismo, con una mejor precisión de los tópicos a analizar. Ya desde el inicio de la investigación, en incluso en su propia denominación, se señaló que el objeto de la misma mira de manera prioritaria al proceso de reforma procesal civil chileno y la manera cómo las entidades e instancias ideadas para promover un diseño de juicio civil adversarial racional y equitativo en los ordenamiento angloamericanos pueden servir de herramientas para lograr análogos objetivos a los manifestados públicamente por los promotores y diseñadores de nuestros mecanismos de enjuiciamiento civil, fenómeno de convergencia que, por lo demás, no resulta extraño a los procesos de reforma al proceso civil<sup>909</sup>.

Esta premisa es particularmente válida para lo que refiere a los medios alternos de solución de conflictos pues no se busca, a través de estas páginas, sondear éstos como si se tratasen de entidades autónomas, desvinculadas de los cauces que la sociedad política ha definido para resolver el diferendo jurídicamente relevante, cuestión compleja de por sí, atendida la escasa penetración que éstos han tenido en nuestro medio<sup>910</sup>. Muy por el contrario, hemos planteado desde un comienzo que resulta inexplicable y de una perspectiva más bien estrecha, dar a los medios en comento un tratamiento aislado del juicio estatal heterónimo, pues no se trata ella de una perspectiva que de cuenta de la complejidad del fenómeno y lo terminará analizando como si de una simple promoción propagandística se tratase<sup>911</sup>. Precisamente a la inversa, y tal como se explicó anteriormente, uno y otros medios se encuentran, especialmente, en los medios comparados que sirven de materia en análisis, tan profundamente imbricados que se les ha definido como una verdadera cadena de ADN, indisoluble e inexplicables el uno sin el otro y, puestos a identificar la fase en que mejor insertan<sup>912</sup>, no cabe duda que su prevalencia se verifica en la etapa ante judicial en que se deciden, por demás, el grueso de los litigios en el *common law*. La amplitud del campo que se le confiera a los SARC, en definitiva, no dependerá tampoco en forma exclusiva de la naturaleza jurídica de los asuntos que se entreguen a su imperio, sino que enraizará en cuestiones de mucho mayor profundidad, vinculadas al rol que el

---

<sup>909</sup> TARUFFO (2006) p. 84.

<sup>910</sup> BARONA (2014) p. 9.

<sup>911</sup> NIEVA-FENOLL (2016) p. 263.

<sup>912</sup> TARUFFO (2006) p. 81.

ordenamiento en general le entregue al juicio civil contradictorio y adversarial y al lugar que tal proceso ocupa en su seno<sup>913</sup>.

Si a estas nociones se añade que nos hemos propuesto la tarea de analizar la prevalencia de los medios alternos, en los medios estadounidense e inglés, como una de las herramientas que conforman la tríada de ingenios ideados con la finalidad de salvaguardar la pervivencia del juicio estatal heterónimo adversarial de partes<sup>914</sup> y que paradójicamente surgen con potencia precisamente tras el despliegue de ímprobos esfuerzos por optimizar estos últimos<sup>915</sup>, quedará explicado, con latitud, que la manera en que se enfocará, en las líneas que siguen, el fenómeno en referencia, priorizará la inserción de los medios en comento al interior de un sistema estatal de composición compleja y al mismo tiempo, la forma en que éstos representan un apoyo necesario para la oferta pública de resolución de conflictos en general y al modelo de juicio adversarial en particular (pues carece éste de cobertura formal y material suficiente<sup>916</sup>), sin el cual, sin embargo, la salida alterna, huérfana ya de símil público, no tendría, tampoco, explicación racional como no fuera una radical involución a estadios muy primitivos de la resolución de conflictos, en que una incipiente organización política le permitía al ente público mantenerse por completo al margen de la primordial función en análisis<sup>917</sup>, ello sin dejar de considerar que el sistema de resolución de conflictos se vería privado de la posibilidad de invocar al aparato estatal para obtener la compulsión muchas veces necesaria para obtener la materialización del

---

<sup>913</sup> FISS (1984), p. 1089.

<sup>914</sup> “En suma, tanto desde el aspecto civil como penal (y basándose en las normas, casos y prácticas informales), el poder judicial se encuentra en medio de la importación o creación de mecanismos para eludir el proceso judicial”: RESNIK (1986) pp. 494, 538.

<sup>915</sup> OBERER (1987) p. 6.

<sup>916</sup> GROSS (1987) p. 737.

<sup>917</sup> Estadio de privatización absoluta de los medios de solución de conflictos al cual ni los más fervientes partidarios de los SARC abogan por retornar, precisamente por el valor público que porta la Justicia Estatal: BARONA (2014) p. 2. En el extremo opuesto, se sitúa la propuesta de Frankel de instaurar en los Estados Unidos un juicio que prescindiera derechamente de abogados litigantes en que se adopte un modelo plurifásico, teniendo como modelo los ordenamientos holandés o francés y entregando al juez un gobierno prevalente sobre las herramientas procesales de averiguación. Así en ROSENBERG (1988) p. 820. Aún cuando estas nociones no parecen haber recibido acogida en el medio estadounidense, como lo demuestra la antigüedad de las mismas y la preservación del modelo básico diseñado por las FRCP, cabe destacar que un flujo no menor de diferendos del orden civil, particularmente de asuntos de monto acotado, ha sido derivado a agencias o entidades semi-administrativas, algunas de las cuales incluso impiden la asesoría letrada del interesado, extremo que en nuestro medio se toparía, por cierto, con un grave reparo de orden constitucional. Este es el examen que propone el modelo de los “small claims courts” estadounidense: TARUFFO (2008) p. 211.

resultado<sup>918</sup>, al prescindir de la esencial noción de interdependencia que se verifica en este ámbito<sup>919</sup>.

Se explica de esta manera, por demás, el motivo por el cual nos resulta más adecuado englobar la totalidad de los medios alternos bajo la denominación de SARC o sistemas alternativos de resolución de conflictos pues ellos conforman, junto con el aparato público, un todo complejo e indisoluble que es preciso estudiar en su rica conexión que resulta ser, por demás, donde radica de manera particular su valía<sup>920</sup> y potencialidad virtuosa<sup>921</sup>. Así lo resuelven, por demás, los dogmáticos nacionales<sup>922</sup>, radicando en el apoyo estatal la proyección de triunfo que se propone para los medios alternos como cauce real, funcional, de los conflictos civiles<sup>923</sup> que, en otras latitudes, da cuenta del esfuerzo por enrielar el litigio de manera que la intervención judicial decisoria se verifique sólo como un recurso de *ultima ratio*<sup>924</sup>, empleado cuando los llamamientos a resolver el asunto en sede alterna han ya fracasado<sup>925</sup>, lo que demuestra, pues, lo esencial del vínculo que se debe forjar entre ambos sistemas<sup>926</sup>.

Esta noción, de enlace funcional e imprescindible de los sistemas público y privado de resolución de conflicto, como base de una dialéctica necesaria entre adjudicación y cooperación<sup>927</sup> resulta empero opuesta en buena medida, es preciso consignar, a lo que sostienen sectores de la doctrina nacional que abogan por una independencia casi absoluta de algunos sistemas alternos (concretamente el arbitraje) sosteniendo la “impropiedad” que resultaría de promover esta

---

<sup>918</sup> WEIS (1992) p. 1.387.

<sup>919</sup> GENN (2010) p. 125. En una enérgica ilustración del fenómeno que describe, sostiene esta autora que, en realidad, el sistema alterno prescindente del aparato judicial público y del apoyo coercitivo que éste ofrece, “*es el sonido de una sola mano aplaudiendo*”.

<sup>920</sup> RIEGO (2016) p. 260.

<sup>921</sup> BARONA (2014) p. 7.

<sup>922</sup> PALOMO ET AL (2016) p. 90.

<sup>923</sup> Con especial referencia a la mediación civil y comercial, y poniendo particular énfasis en la escasa adhesión que tiene la referencia meramente voluntaria al sistema, aún una vez emprendido el proceso, apuntando por consiguiente al apoyo del aparato estatal traducido en una intervención directa orientada a obtener una mayor y mejor aplicación de la herramienta al interior del ordenamiento: JECQUIER (2016) pp. 110, 111. Sostiene este autor, con apoyo en ciertas averiguaciones empíricas que no basta, para la consecución del objetivo proyectado, la simple promoción de la mediación si no va unida a una intervención directa del aparato público, traducida en una intervención normativa, en el aseguramiento de la calidad del proceso y de quienes intervienen en él, en la estructuración de un diseño destinado a obtener la observancia del deber de colaboración efectivo de los litigantes y, por último, en el desarrollo de los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de lo acordado en sede de mediación.

<sup>924</sup> PÉREZ ET AL (2006) p. 167.

<sup>925</sup> VIGORITI (2008) p. 122.

<sup>926</sup> Refiriendo expresamente a la reforma al proceso civil chileno y los motivos que obligan a entender que se impone el diseño de una oferta integrada de justicia: RIEGO (2016) p. 258.

<sup>927</sup> PÉREZ ET AL (2006) p. 182.

perspectiva dual, por la afectación en su libertad de acción que ello implicaría para el encargado de resolver en sede alternativa<sup>928</sup>, limitando el vínculo en un recurso meramente funcional de cobertura de requerimientos de imperio<sup>929</sup>.

Aún cuando habremos de volver sobre el punto al desplegar las conclusiones vinculadas a la aplicación de estas herramientas a los procesos nacionales de reforma, habremos de advertir, desde ya, que no parece del todo congruente, en esta línea de razonamiento y salvando los motivos que se dejan explicados hasta acá, sostener una defensa a ultranza de la autonomía de estos aparatos de resolución de conflictos<sup>930</sup> y, en paralelo con ello, reclamar una supuesta improcedencia de la apertura institucionalizada de vías que materialicen el ejercicio del derecho de la parte afectada a recurrir a la justicia estatal en alguna fase del procedimiento (como ocurre típicamente, por demás, en los estatutos de corte *opt – out* en que la referencia al sistema alterno es obligatoria pero el interesado puede libremente desistir de ella) por cuanto ello importaría una suerte de debilitación anacrónica de aquél sistema<sup>931</sup>, omitiendo considerar que aún en un medio de alto desarrollo de los SARC, como en los Estados Unidos, se ha descrito que el emplazamiento de un tercero a cargo de la decisión del conflicto, como ocurre con el árbitro, transmite al litigio un sustrato adversarial difícil de erradicar y que termina hermanando este proceso con el juicio estatal adjudicativo tradicional<sup>932</sup>, notas que sólo se vendrán a difuminar en aquellos SARC que, como

---

<sup>928</sup> VÁSQUEZ (2016) p. 36.

<sup>929</sup> Requerimientos que, con no escasa razón, los jueces estatales recelarán en proporcionar, al concluir que, en suma, se pretende el ejercicio del poder coactivo de la sede judicial a partir de un simple acuerdo negocial de partes que incluso puede justificar una revisión de legalidad: FISS (1984), p. 1084.

<sup>930</sup> VÁSQUEZ (2009) pp. 281-302. En su obra, la autora sostiene la necesaria observancia de la fuerza obligatoria de la cláusula compromisoria o arbitral, extendiéndola a un enlace con el principio de *“intervención mínima”* que recoge de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional y de sus principios inspiradores, que llevan a marginar la ingerencia estatal de la jurisdicción pública de la función arbitral el que, en su concepto, debe extenderse también al arbitraje interno para evitar lo que denomina la *“jurisdiccionalización”* de este SARC en particular. Concede, sí, la doctrinante en mención, que debe propenderse a una estructuración armónica entre la sede arbitral y la judicatura estatal que permita la debida atención de las necesidades que el desarrollo de la función de la primera pudiese presentar, tales como el cumplimiento de lo resuelto y la ejecución de ciertas averiguaciones probatorias advirtiendo que en materia de arbitraje interno: *“...provoca que la justicia ordinaria se involucre más allá de lo necesario en la justicia arbitral no guardando la necesaria y correlativa intervención (...) lo que sin duda afecta las bases esenciales de este mecanismo (...) Efectivamente, en primer lugar no está consagrado el llamado principio de intervención mínima, ni se encuentran reseñados los tribunales que habrán de conocer de las labores de apoyo y control. Por otra parte, un juez llamado a cumplir una función de colaboración podría entrar a conocer del arbitraje pronunciándose inclusive respecto de cuestiones de fondo, con lo que queda en evidencia que no existe una clara diferenciación sobre estas materias”*. Así en VÁSQUEZ (2009) p. 241.

<sup>931</sup> VÁSQUEZ (2016) p. 35.

<sup>932</sup> ROSENBERG (1988) p. 813.

la mediación o la negociación, no se basan en soluciones heterocompositivas sino que privilegian la salida autocompositiva auxiliada por un tercero<sup>933</sup>, tomando debida nota, eso sí, que en esas latitudes la cuestión se ve aderezada por la garantía constitucional al juicio por jurados como componente esencial e indisoluble del *due process of law* ya examinado<sup>934</sup>.

La concepción que se viene de revisar importará entender que (y aquí radica la paradoja), como necesaria consecuencia de lo expuesto, la libre determinación desaparece al optar por un mecanismo alterno que no permite el recurso (o el retorno, si se prefiere) a la instancia estatal de juzgamiento, aún en ausencia de pacto que lo explicita de esta forma, afectando incluso el derecho de acceso a “la” justicia que, para un sector no despreciable de la doctrina<sup>935</sup>, sólo se satisface manteniendo franca la vía de acceso a la jurisdicción estatal pública<sup>936</sup>, reclamando por una desmitificación del verdadero alcance de los sistemas alternos<sup>937</sup>. Se trata la primera de las mencionadas en este párrafo, así, de una corriente de convicciones que, amén de ignorar casi deliberadamente el valor prevalente que representa la administración estatal de medios de solución del litigio, apreciadas incluso en medios en que los SARC presentan una preponderancia largamente superior a la que se puede observar en nuestro medio<sup>938</sup>, termina, en realidad, por debilitar los propios fundamentos que se invocan para la implantación extendida de los mismos, al proponer límites verdaderamente inexplicables (e inexplicados) a la autonomía de la voluntad del interesado que, en definitiva, deja de contar con la opción de recurrir, concretadas que fuesen las hipótesis normativas, a la administración estatal de justicia<sup>939</sup>.

---

<sup>933</sup> BARUCH ET AL (2006) pp. 97, 98.

<sup>934</sup> ROSENBERG (1988) p. 816.

<sup>935</sup> DELGADO (2016) p. 246. Refiere concretamente este autor a los motivos que originan lo que él denomina “*el desencanto procesal*” frente a la promoción extendida de los SARC apuntando a la desconfianza que genera el “eficientismo económico”, la tendencia a ceder a una promoción universal alentada por el ingreso del país al grupo de naciones de la OCDE y, apuntando a los motivos de fondo, la “desjuridización” de la resolución del conflicto de la mano de la “externalización” de la resolución. Asocia también a este punto la ya referida aversión de parte de los autores del medio hispano (notoriamente Montero Aroca) por las instituciones que provienen del medio angloamericano (llegando a calificarlo como un “papanatismo”) como ocurre típicamente con la promoción de los SARC, postura que parece ignorar, sin embargo, que como se ha venido expresando, se trata éste de un fenómeno que origina desde el propio juicio adversarial, como medio de apoyo de éste y de presencia prevalente a través, precisamente, de su promoción intrajudicial. Una animadversión tal como la descrita parece sólo explicarse a partir de la no superación de ciertos paradigmas culturales de los cuales, sin embargo, nos hicimos cargo con latitud en el capítulo anterior.

<sup>936</sup> Con cita a Berizonce: PALOMO ET AL (2016) p. 103.

<sup>937</sup> PALOMO D. ET AL (2016) p. 282.

<sup>938</sup> ROSENBERG (1988) p. 812.

<sup>939</sup> PALOMO ET AL (2016) (a) p. 94.

**3.1.3.-** Finalmente, y siempre en aras de la simplificación que hemos propuesto para asumir el análisis de los sistemas alternos, al privilegiar una perspectiva de los SARC centrada su funcionalidad en el proceso de mejoramiento de los procesos adversariales de sede estatal (y concretamente el de reforma procesal civil chilena) y sin soslayar la necesaria, debida y destacada constancia del hecho que en los medios angloamericanos y muy especialmente en los Estados Unidos se verifica lo que se ha dado en llamar “impresionante colección de mecanismos alternativos de resolución de conflictos”<sup>940</sup>, propondremos un esquema muy simplificado de sistemas alternos, diversos del juicio estatal adversarial adjudicativo, concentrado en aquellos de orden autocompositivo, entre los que impera la negociación y la mediación, y los de rango heterocompositivo, con presencia de un juzgador, presididos principalmente por el arbitraje en todas sus formas y entre los que se incluyen todos los sistemas alternos estatales de menor intensidad, como el *summary jury trial* o la *early neutral evaluation*. Desde luego, ambos géneros de ofertas pueden y suelen combinarse, como lo demuestra con largueza el diseño del así llamado sistema “*med/arb*” en que el mismo encargado afronta el diferendo, primero como mediador y más tarde, de ser ello necesario, como árbitro<sup>941</sup>.

Este sencillo diseño permitirá constatar que la gran mayoría del fundamental debate en torno a la obligatoriedad o voluntariedad de los SARC se presenta a propósito del segundo género de salidas alternas (mediación, negociación)<sup>942</sup> pues habitualmente, en la primera familia, existe un elemento normativo, pactado o positivizado, que impone un elemento vinculante a las decisiones que adopte el tercero a cargo de resolver el litigio, sin perjuicio de las salidas de retorno a la judicatura estatal que el sistema pueda llegar a ofrecer al afectado por la vía, por ejemplo, recursiva<sup>943</sup>.

### **3.2.- Los SARC en su inserción en la administración estatal de justicia.**

**3.2.1.-** En su carácter de entidades estatales dispuestas a satisfacer necesidades del orden colectivo, los tribunales de justicia tienen, sea cual fuere la fórmula bajo la cual se diseñe para ello, la primordial y crucial función de servir necesidades de litigantes individualmente considerados<sup>944</sup> y mantener en paralelo, a partir de ello,

---

<sup>940</sup> SUBRIN (1987) p. 912.

<sup>941</sup> BORDACHAR (2016) p.74.

<sup>942</sup> VIGORITI (2008) p. 126.

<sup>943</sup> PALOMO ET AL (2016) (b) pp. 282, 283.

<sup>944</sup> Objetivos que, desde luego, se deben conjugar con una serie de metas y roles que se le ha adjudicado a la función jurisdiccional y que se han analizado con detención a lo largo de los capítulos y apartados precedentes a propósito de su inserción en los modelos comparados que sirven de base a la presente investigación, como ocurre, por ejemplo, con el desarrollo de tareas del orden de materialización de políticas públicas (*policy making*) que la escuela realista anunció ya

la legitimación inmanente que genera la confianza del público en la capacidad del aparato público en especial<sup>945</sup> y de la sociedad en general, de resolver de manera pacífica, oportuna y racional, los diferendos de relevancia jurídica<sup>946</sup>. El decaimiento de la confianza institucional dará nuevamente motivos que generarán la “huída” hacia sistemas alternos y, lo que es más grave, puede originar una pérdida del foco en la atención a mejorar los puntos débiles que el juicio adversarial debe superar para enfrentar estos desafíos<sup>947</sup>. Este género de consideraciones resulta ser de profunda relevancia en los modelos angloamericanos que basan buena parte del consenso social en sus instituciones en general y en el aparato judicial en particular en un “complejo fenómeno cultural consuetudinario” que no sin motivo es conocido como el *judicial myth*, extendido sobre el primordial rol que juega la judicatura en el equilibrio de poderes y en la protección de las garantías fundamentales<sup>948</sup>.

En este contexto, la atención de las necesidades de aquellos usuarios y la preservación de la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial como conjunto, requiere de una organización estatal del aparato judicial que presente una determinada oferta de procesos de resolución de conflictos que, a su turno se adapten, idealmente, a la amplísima variedad de disputas que se les presentarán, así como a las necesidades que cada una generará, englobadas todas bajo el concepto contemporáneo de acceso a justicia. Este complejo (pero a la vez esencial) concepto, es fundamento precisamente de la fe pública en el sistema de

---

a fines de la década de los '30 del siglo pasado, en los Estados Unidos, de la mano del *new deal* de la administración Roosevelt: SUBRIN (1987) p. 969. Otro tanto puede predicarse con la aplicación del *overriding objective* por parte del juez estatal en el Reino Unido que, como se señaló anteriormente, comprende dentro de sus vectores estructurantes, la obligación de velar por la racional asignación de los recursos estatales asignados al tribunal estatal, precaviendo la demanda de otros usuarios, distintos de los que estén en curso de ventilar su litigio ante dicha sede: ZUCKEMBERG (2015) pp. 1, 2. Consigna este autor, ya citado con precedencia, que de conformidad con el modelo que diseñan las reglas de las CPR de 1999, es posible entender que se le asignan al juez estatal una trilogía de funciones preponderantes que deben entenderse como inspiradoras del *overriding principle*, a saber, una adjudicación con base sostenible en los hechos y en el derecho; una intervención pertinente que evite nudos críticos que importen una dilación injustificada de la decisión pendiente (pues *justice delayed is justice denied*) y, en un relevante tercer lugar (no por esto menos relevante), lograr los objetivos anteriores priorizando un uso racional de los recursos tanto judiciales como los que los litigantes ponen al servicio de su defensa en juicio. En definitiva, no parece aventurado sostener, en esta línea de razonamiento, que la consecución del principio primordial, predicado por las CPR conecta directamente con el *policy making* de raigambre estadounidense, en la medida que se entienda, como resulta lógico hacerlo, que en el desarrollo de su función primordial de resolución del conflicto, el tribunal no puede perder de vista el rol social que desempeña al interior del aparato estatal y que ésta es, objetivamente, una política pública prevalente en un estado de derecho.

<sup>945</sup> PÉREZ ET AL (2006) p. 170.

<sup>946</sup> ROSENBERG (1988) p. 808.

<sup>947</sup> ROSENBERG (1988) p. 819.

<sup>948</sup> TARUFFO (2008) pp. 110-176.

resolución de conflictos y, paradójicamente, entra en crisis cuando el juez tradicionalmente pasivo abandona su lugar tradicional y asume roles de corte “*policy maker*”<sup>949</sup>.

Desde esta última perspectiva, la función judicial de resolución de conflictos jurídicamente relevantes en sede pública resulta, pues, funcional al deber del Estado de asegurar la estabilidad y seguridad sociales, al tiempo que juega un rol principal en garantizar el imperio del derecho, desarrollando un estatuto jurídico instaurado para ello, como intervenciones que no necesariamente implicarán una debilitación del “*judicial myth*”. Una adecuada atención a esta necesidad, por lo tanto, supone una actividad jurisdiccional que ponga a disposición de los interesados el acceso expedito a un juzgador neutral, oportuno y pasivo, aún cuando éste último sea un rasgo progresivamente revisado en los ordenamientos angloamericanos, como ya se ha tenido oportunidad de exponer, tanto para el ordenamiento estadounidense<sup>950</sup>, como para el inglés post-reforma de las CPR<sup>951</sup>.

A partir de las premisas básicas anteriores, universalmente estructurantes de un aparato estatal de justicia que diseña el modelo adversarial de resolución de conflictos que parece haberse impuesto de manera general en los ordenamientos civiles occidentales<sup>952</sup>, surgen de inmediato una serie de motivos suficientemente poderosos que paradójicamente, presionan hacia el abandono del juzgamiento estatal heterónomo en etapas tempranas del conflicto, como parecen señalarlo emblemáticamente los modelos estadounidense<sup>953</sup> e inglés<sup>954</sup>, hacia la larga serie de sistemas alternos que dichos ordenamientos ofrecen<sup>955</sup>. Ahora bien, resulta lógico concluir que, en realidad, la dinámica del juicio adversarial parece ser esencialmente incompatible con los sistemas alternos auto compositivos al menos (mediación, negociación), de manera que los justificantes de dicha especial predisposición yacen fuera del aparato litigioso, dentro de las externalidades negativas que su aplicación conlleva de acuerdo a la percepción de usuarios y operadores<sup>956</sup>. Entre dichos motivos se pueden, y suele, mencionar la

---

<sup>949</sup> CAPPELLETTI ET AL (1996) p. 13.

<sup>950</sup> TARUFFO (2008) p. 2.

<sup>951</sup> ANDREWS (2013) p. 26.

<sup>952</sup> ROSENBERG (1988) p. 812.

<sup>953</sup> “Una tercera concepción errada del derecho procesal, es que éste versa sobre práctica judicial (...) Pero incluso una liviana revisión de las estadísticas de litigación refutan esta percepción (...) La litigación en los Estados Unidos es predominantemente una práctica ante-judicial. En esta fase del litigio, la clave del éxito no radica en habilidades teatrales ni en el carisma ni en las tácticas judiciales sino que en la dominación del procedimiento en fase ante-judicial, en la habilidad de comunicarse efectivamente con el tribunal y en el dominio de los detalles de los escritos fundantes del juicio”: SHREVE ET AL (1996) p. 6.

<sup>954</sup> ANDREWS (2013) p. 6.

<sup>955</sup> SUBRIN (1987) p. 912.

<sup>956</sup> ROSENBERG (1988) p. 822.

exacerbación de la confrontación de intereses que se verifica en sede de juzgamiento estatal, la incertidumbre del resultado, y, como punto ampliamente prevalente en la dogmática, los costos que éste implica para las partes<sup>957</sup>, no sólo en términos de inversión material financiada por la parte, sino que además, de manera muy relevante, en aquellos que dicen relación con el tiempo que las partes terminan invirtiendo en la resolución del conflicto que, finalmente, puede efectivamente traducirse en una importante desventaja económica originalmente no presupuestada<sup>958</sup>, al extremo de presentársele como una de las más importantes, sino la más relevante<sup>959</sup>, barrera de acceso a la judicatura estatal, definiendo incluso la frecuencia en que los menos privilegiados recurren a ésta<sup>960</sup>.

Frente a ello, el resultado “gana-gana” que ofrecen los SARC (con un compromiso pecuniario más contenido) al presentar vías para solucionar los obstáculos recién indicados, sin imponer por completo los costos del vencimiento a uno de los interesados (cuya cuantía resulta ser, muchas veces, difícil de prever)<sup>961</sup>, diverso al debate de tipo “el ganador se lleva todo” que impera el juicio estatal<sup>962</sup>, presenta motivos no desdeñables para privilegiar su adopción en etapas tempranas del conflicto, particularmente si se considera que de esta manera insertarán en la ya analizada fase ante judicial, prevalente en el medio angloamericano, como se explicó, en que aún primará la flexibilidad de las reglas procedimentales puestas a disposición de los interesados en resolver el conflicto<sup>963</sup>. Así se permitirá a estos últimos (o al menos así se proyecta) adoptar libremente e informadamente, sin costos desmesurados<sup>964</sup>, una decisión diversa de la resolver el asunto mediante la tradicional sentencia adjudicativa, opción la primera que resulta ser habitual y predominante en los ordenamientos que sirven de comparación a esta investigación<sup>965</sup>.

**3.2.2.-** Surge en este punto, como consecuencia necesaria de lo que se lleva dicho, la necesidad de definir supuestos básicos, elementales, que permitan desarrollar de manera fundada las respuestas a las interrogantes que presenta lo que se puede percibir, *prima facie*, como una verdadera abdicación de la actividad estatal involucrada en el ejercicio de la jurisdicción<sup>966</sup>, privilegiando una solución propuesta por los interesados para solventar su diferendo que, sin embargo, se

---

<sup>957</sup> DE PRADA ET AL (2014) p. 55.

<sup>958</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 118.

<sup>959</sup> Por todos: NIEVA (2016) pp. 266, 267.

<sup>960</sup> TARUFFO (2008) p. 80.

<sup>961</sup> ANDREWS (2012) p. 269.

<sup>962</sup> ROSENBERG (1988) p. 813.

<sup>963</sup> HAZARD ET AL (2006) pp. 139, 140.

<sup>964</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 29.

<sup>965</sup> ANDREWS (2013) p. 32.

<sup>966</sup> DELGADO (2016) p. 244.

presta para embozar motivos de corte simplemente eficientista<sup>967</sup> que poco tienen que ver con los verdaderos intereses de los involucrados, especialmente si se tiene en cuenta que el acercamiento a los sistemas alternos se enfoca desde la perspectiva del juicio adversarial estatal y la manera cómo un adecuado acople entre ambos representa una externalidad valiosa de la que el diseño adecuado de ésta no puede prescindir.

Preside aquellas cuestiones, sin lugar a dudas, la muy básica cuestión de definir cuáles son los roles que se le adjudicarán a los tribunales estatales en el amplísimo contexto de su cometido constitucional y, una vez establecido aquello, avanzar hacia el diseño de los mejores caminos para cumplirlos. En este sentido, resulta muy difícil controvertir que la propia legitimidad social del establecimiento de tribunales estatales, yace en la resolución de los conflictos individuales<sup>968</sup> que presentan las partes y, a través de ello, la mantención de un orden pacífico, justo<sup>969</sup>, dispuesto a los fines que la sociedad política define en ese contexto<sup>970</sup>, sin olvidar que la propia definición de los límites que debe observar el ejercicio de la jurisdicción es una cuestión de naturaleza esencialmente política<sup>971</sup>.

Es ya a partir de este punto que surgen cuestiones vinculadas al riesgo que eventualmente puede entrañar, para el debido cumplimiento de la función judicial tradicional adjudicativa, el involucramiento del juez estatal en la gestión del caso (*case management*) enfocado prioritariamente hacia la referencia del mismo a un determinado SARC, no sólo por la indiscutible inversión de recursos judiciales, materiales y humanos, que ello entraña, sino que además, por la renuncia que ello implica a conocer de un asunto cuya resolución mediante una sentencia, en mayor o menor medida, significará un aporte para la función creadora de derecho que, crecientemente, desarrolla el aparato judicial público al desarrollar el juicio adjudicativo<sup>972</sup>, función ésta no sólo atribuible a los ordenamientos imperados por el *common law*<sup>973</sup> como lo demuestra, entre nosotros, por ejemplo, el establecimiento de medios de impugnación judicial basados en sistemas de

---

<sup>967</sup> PALOMO ET AL (2016) p. 279.

<sup>968</sup> Pero no estrictamente particulares: STIENSTRA ET AL (1995) p. 17.

<sup>969</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 9.

<sup>970</sup> GARCÍA ET AL (2006) p. 35.

<sup>971</sup> RESNIK (2000) p. 979.

<sup>972</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 18.

<sup>973</sup> Y, *mutatis mutandi*, deja ya de ser el derecho angloamericano y, especialmente, estadounidense, paradigmáticamente jurisprudencial al dar amplia cabida a los estatutos legislados positivamente, lo que ha venido, como se indicó en capítulos anteriores, a estrechar los ordenamientos en familias cada vez más cercanas y que se fijan, en realidad, objetivos netamente comunes: GONZÁLEZ (2006) pp. 379, 393.

precedente<sup>974</sup> o la publicación de parámetros indemnizatorios obtenidos de las sentencias de los tribunales superiores en forma de “baremo”<sup>975</sup>.

Por otra parte, no resulta posible ya soslayar que la asignación de roles vinculados a la gestión del conflicto al interior del tribunal estatal, asociados éstos a la búsqueda de alternativas de solución al mismo, diversas de la adjudicativa heterónoma tradicional, entraña un riesgo de merma en la función jurisdiccional que conforma el núcleo tradicional de las responsabilidades asignadas a aquellos, aún desde la norma constitucional, en la medida que no se alcance una concepción adecuada de la verdadera gestión judicial (como opuesta y equidistante de la simple administración de recursos y del activismo político ideológico) a equilibrar con la cardinal función jurisdiccional, como analizaremos a continuación<sup>976</sup>.

A partir de la dicotomía que se presenta ante la promoción intra judicial de los SARC por una parte y el desarrollo adecuado y eficiente de la función jurisdiccional por otra, se impone, para obtener la resolución de este fundamental paradigma, la demanda de diseñar un enfoque nuevo de las alternativas que el ordenamiento, como conjunto, ofrece a los involucrados en el conflicto civil de relevancia jurídica<sup>977</sup>, presidido por la noción, ampliamente aceptada en el ordenamiento comparado que sirve de fuente de investigación, de que la sola instauración del rigor de la norma positiva, no asegura por si sola, de manera alguna, el logro de los objetivos de bienestar social que traza la resolución de aquél (el derecho no se agota en la ley), debiendo privilegiarse, en cambio, una perspectiva omnicomprensiva del derecho como herramienta seleccionada para

---

<sup>974</sup> Típicamente el recurso de unificación de jurisprudencia instaurado en los artículo 483 y siguientes del Código del Trabajo, y la potestad reservada a la Corte Suprema para conocer y fallar en pleno el recurso de casación en el fondo ante la existencia de pronunciamientos jurisdiccionales diferentes, previsto por el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil. Con todo, se trata de entidades que no han registrado un desarrollo apreciable por la vía de obtener una uniformación judicial notoria hasta la fecha, pues el propio máximo tribunal ha resuelto, con alguna frecuencia, asuntos en prescindencia de lo fallado previamente en estas sedes establecidas en base a nociones de uniformidad jurisdiscente. En este sentido, parece preservar valía, a más de veinte años de su introducción, el debate que se sostuvo en torno a la potencial fuerza jurídica obligatoria que inviste una sentencia del máximo tribunal pronunciada, como se dijo, en unificación de jurisprudencia: ROMERO (2004) pp. 110-111.

<sup>975</sup> <http://baremo.poderjudicial.cl/BAREMOWEB/>, visitado el 29 de mayo, 2018.

<sup>976</sup> Como parece demostrarlo la experiencia fallida, en este ámbito, de las CPR inglesas, debido a la escasa atención que los usuarios y particularmente los tribunales, habrían prestado a la gestión intra judicial, lo que habría ocasionado el fracaso de la regla en suprimir lo que en esas experiencias se conoce como “litigación satélite” y que, entre nosotros, cuadraría, en general, con el concepto de actividad incidental dilatoria o retardatoria: ZUCKERMAN (2015) p. 2. Recuérdese, con todo, que este autor insta por lo que se ha denominado una perspectiva “disciplinaria” del proceso no acogida universalmente.

<sup>977</sup> RESNIK (1986) p.546.

dichos fines<sup>978</sup>. Esta perspectiva integradora permite salvar, además, la incongruencia que se expuso más arriba y que se originaba en el tratamiento prácticamente aislado o autónomo, de uno o más SARC determinados, en aras de una mal entendida extensión de las potestades del juzgador extraño a la jurisdicción o del mediador (que por lo demás termina por desdibujarse por completo<sup>979</sup>), al permitir entender de mejor forma como una simbiosis como la indicada, permite la comunicación de los recursos (particularmente coercitivos) de los que los SARC carecen, por una parte, y por otra, el apoyo en amplitud, especialidad y expedición<sup>980</sup> que el juicio en sede estatal requiere<sup>981</sup>, pues de otra forma, cualquiera sea el diseño estatal de juicio que se proponga, no llegará de manera alguna a proteger de manera satisfactoria los intereses de los afectados<sup>982</sup> (aún cuando, como se examinó, esta es una queja que se viene repitiendo desde hace mucho más de un siglo).

Es un hecho, en este último sentido, que el modelo adjudicativo tradicional adversarial, inspirado estrictamente en la aplicación de la sola norma jurídica decisoria para la resolución del conflicto porta y propone como paradigma indiscutido, una importante serie de valores sociales de gran relevancia<sup>983</sup>, fundados en la igualdad e imparcialidad que impera la aplicación de la ley obtenida a partir del debate partisano y con ello, la dilucidación contradictoria de los hechos<sup>984</sup>, pero en su desarrollo, merma otros de igual relevancia, al enfatizar el

---

<sup>978</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p.16.

<sup>979</sup> PALOMO ET AL (2016) p.281.

<sup>980</sup> MULLERAT (2002) p.52. Con la mirada centrada en el modelo estadounidense, enumera este autor como ventajas prevalentes de los SARC precisamente la celeridad, la restricción de costos, la mitigación de la hostilidad de las partes, una tendencia mejorar a obtener un resultado basado en el mérito de la defensa, la especialidad de los resolutores, la privacidad del proceso, una mayor flexibilidad, la humanización de aquél y, en definitiva, una eventual externalidad favorable para el litigio en ciernes en caso que los afectados no lleguen a acuerdo o, de alguna manera, desistan de arribar a una resolución vinculante.

<sup>981</sup> RIEGO (2016) p.258.

<sup>982</sup> VIGORITI (2008) p. 124.

<sup>983</sup> Reforzados en los medios en que impera la regla del precedente en que, por lo tanto, es más fácil de identificar la función creadora del derecho de los jueces que impregna además el prestigio y respeto que invisten éstos: WEIS (1992) p. 1386.

<sup>984</sup> El refuerzo de esta convicción en el valor immanente de la adjudicación estatal resulta ser crítico pues de otra forma, con justa razón se debilita toda la justificación de su institución por parte del Estado. Con razón, Judith Resnik explica el título de uno de sus trabajos fundamentales (“Femenguante: Procedimiento Adjudicativo en Merma”) de la siguiente forma: *“Si los resultados obtenidos tras el juicio (estatal) u otras formas de adjudicación (por un juzgador estatal) son sistemáticamente incapaces, en su conjunto, demostrar (o al menos sugerir) que constituyen una solución mejor que aquella que se puede obtener prescindiendo del proceso (o usando versiones en extremo simplificadas de éste), si el comportamiento anti – ético e incompetente de los abogados se hace extensivo, si el juicio adversarial se aplica en contextos que lo hacen aparecer como un absurdo, ¿para qué insistir en el procedimiento formal? ¿Porqué no mejor materializar soluciones baratas a través de acuerdos alcanzados lo más rápido posible? ¿Porqué no mejor*

conflicto sobre la cooperación<sup>985</sup> e imponer, en definitiva, la dependencia absoluta en las autoridades estatales en la resolución del conflicto<sup>986</sup>, por sobre la autogestión del mismo en que los propios interesados pueden diseñar una solución propia, ajustada a las necesidades que presenta aquél aún cuando este último paradigma, favorecido en nuestro medio reformista por promotores de la mínima intervención estatal<sup>987</sup>, puede, como no, venir a exacerbar las asimetrías originadas en posiciones de poder económico o político prevalentes<sup>988</sup>. Es necesario consignar, en todo caso, que esta noción de la intervención del juez sólo en el extremo, esto es, cuando las partes por sí ya han desarrollado la totalidad del proceso preparatorio, se ha señalado como una tendencia prevalente en los procesos modernos de reforma, tendiente a racionalizar y mejorar el estatuto normativo<sup>989</sup>, tendencia que viene a refozar el valor de la perspectiva de análisis manifestada al inicio de estas reflexiones, esto es, de los SARC como entidades de apoyo del juicio estatal e integrantes de un sistema complejo de resolución de conflictos.

En esta última línea de razonamiento puede concluirse que, al asignársele al tribunal estatal heterónimo funciones de gestión del conflicto hacia la asignación u orientación de SARC, exorbitantes por lo tanto a la adjudicación o declaración de derechos subjetivos producto del juzgamiento tradicional, se le entrega además un rol que es preciso relevar, radicado en la promoción de los nuevos valores que pasan a presidir la resolución de aquellos (colaboración entre partes, transparencia en el aporte del material probatorio, simetría de información entre

---

*entregar a los tribunales un gran arsenal de medidas que les permitan presionar e incluso forzar el acuerdo? ¿Para qué seguir buscando la legitimidad del procedimiento formal?. Resulta interesante comprobar que esta fundamental (y respetada) autora explica, en paralelo, que esta “fe menguante” no implica necesariamente la expansión de una confianza inquebrantable en las bondades de los SARC, pues éstos no responden tampoco a todas las interrogantes que plantean los interesados y, por demás: “El juicio tradicional adjudicativo esta lejos de ser perfecto. Pero sí ofrece una resolución del conflicto liderado por individuos investidos de potestades públicas que además deben dar cuenta de sus decisiones tanto a los interesados como a la sociedad política en conjunto (...) Los jueces deben actuar abiertos al público y algunos de sus procesos ocurren, precisamente, a la vista del público y aún las decisiones que elaboran en privado, terminan por ser reveladas al público (...) cuando los jueces, que normalmente invisten potestades públicas, adoptan una decisión, deben ofrecer una detallada explicación (...) Las salvaguardias (dispuestas para evitar excesos o desviaciones de poder) tampoco son inexpugnables (...) Pero el juicio adjudicativo ofrece, en teoría, sus propios límites en base a lo que es permitido y lo que no en el proceso. Las “alternativas” a este último aún deben presentar como se refrenda la legitimidad de los resultados que producen. La celeridad y una restricción superficial de costos resultan ser, per se, respuestas incompletas”. RESNIK (1986) pp.529-530, 545-546.*

<sup>985</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 118.

<sup>986</sup> Particularmente censurable en un medio que, como se dijo, recela de toda intervención excesiva de la autoridad estatal, aún la de carácter judicial: DAMASKA (2000) p.81.

<sup>987</sup> GARCÍA ET AL (2006) p.35.

<sup>988</sup> HAZARD ET AL (2006) p. 120.

<sup>989</sup> VIGORITI (2008) p. 123.

los litigantes<sup>990</sup>), de manera tal que se presenta, como punto a resolver, la manera en que se materializará la adopción de medidas, traducidas en reglas no siempre radicadas en el derecho positivo<sup>991</sup> que, privilegiando una adecuada relación de magnitud entre los nuevos roles y los tradicionales<sup>992</sup>, modulen el compromiso vinculado a enfocar las tareas que le son tradicionalmente propias al tribunal estatal<sup>993</sup>, teniendo presente que, como se ha indicado primeramente, debe asegurársele a los interesados, en ausencia de elemento normativo expreso prevalente, la posibilidad de recurrir siempre, y bajo todo respecto, a la solución que presenta el juzgamiento estatal heterónimo<sup>994</sup> y la sentencia adjudicativa<sup>995</sup>.

---

<sup>990</sup> Que, de hecho, ha sido definido, por ejemplo, como el nuevo paradigma procesal civil en Inglaterra: ZUCKERMAN (2006) p. 149.

<sup>991</sup> La intangibilidad de la regla procesal por entenderse normas de orden público parece radicar en nuestra tradición en el liberalismo decimonónico y en la implantación del modelo judicial esencialmente escriturado pero de escasa intervención judicial, ello por decir relación con los límites que el aparato estatal debía observar en el desarrollo del litigio entre particulares: MONTERO (2014) p. 28.

<sup>992</sup> VIGORITI (2008) p. 123. Sostiene este autor, como una manera de ejemplificar lo que se lleva dicho, que la optimización de las reglas procesales no se logra por la sola dictación de normas. En tal sentido, cita el ejemplo de los esfuerzos por acotar la duración temporal de los procesos y la futilidad de intentarlo mediante la introducción de simples reglas legales que, derechamente, “*no tienen ninguna probabilidad de éxito*”. Esta misma convicción ha sido sostenida en sede angloamericana, con análogo alcance: “*La calidad de la justicia civil es funcional dos factores: (1) el diseño del proceso, y (2) la medida en que las reglas procesales son aplicadas por los tribunales y respetadas por las partes. No importa cuán sensato y bien diseñado un código procesal pueda llegar a ser, fracasará en su esfuerzo por conducir a resultados satisfactorios si los litigantes no siguen sus reglas. Aún cuando este sea un rasgo evidente de cualquier normativa procesal, la mayoría de los sistemas tienen dificultad en asumir su extensión*”. Así en ZUCKERMAN (2006) p. 143. Se trata ésta, pues de una máxima casi empírica, observada en todo tipo de ordenamientos, sea cual fuere su raigambre pero, como bien observaba el último autor, los sistemas sencillamente no parecen asumirlo en toda su justa dimensión eminentemente pragmática, ni siquiera los medios imperados por el *common law* y por el pragmatismo extremo que parece impregnar sus normas legales y principios jurídicos.

<sup>993</sup> SUBRIN (1987) p. 1002.

<sup>994</sup> LÓPEZ-BARAJAS (2012) p. 153.

<sup>995</sup> PÉREZ ET AL (2006) p. 178. No dudan los autores de la investigación en cita en la necesidad de “machacar” (sic) el concepto de “alternatividad” de los SARC, como una manera de enfatizar, precisamente, en el rol de *ultima ratio* que juegan el juicio estatal frente a éstos, particularmente cuanto se encuentran en juego garantías sustanciales del afectado o roles de carácter *policy making* a desarrollar por parte de la judicatura, tal y como ocurre, por demás, en la sede angloamericana según quedó explicado con precedencia. Es por ello que se concluye que los sistemas alternos no son, en realidad, alternativos a la justicia estatal, pues ésta ocupa un rol latente, subsidiario, al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Nótese que en el *paper* citado se cataloga al arbitraje como una sede no – alterna de resolución de conflictos pues éste: “...*(aún cuando no se ejerza por los jueces del Estado) comparte las funciones del proceso judicial: pacífica con justicia ya que declara la voluntad concreta de la ley y permite la participación ciudadana en tanto sus jueces no son funcionarios del Estado, como asimismo, al actuar la voluntad concreta de la ley, también coadyuvan a reafirmar la autoridad de éste (sic) como legislador*”, esto es, en

**3.2.3.-** En forzoso contrapunto a las nociones que se vienen de consignar, se repara, con no escaso fundamento, que de manera alguna resulta aconsejable distraer los siempre ajustados recursos judiciales, humanos y materiales, para dar atención a funciones apartadas del rol jurisdiccional tradicional de la adjudicación a través de una sentencia<sup>996</sup>. En realidad, prosiguen estos críticos, el llamado a dar cabida a estos nuevos roles, apunta a priorizar la resolución del conflicto privado, entre partes, sirviendo con ello intereses eminentemente particulares<sup>997</sup> que terminan por comprometer el interés público comprometido en el adecuado desempeño de la función jurisdiccional, que excede a este sólo resultado de resolución del conflicto. En este sentido, parece preciso subrayar que el modelo judicial estatal heterónimo de resolución de conflictos, que no necesariamente hipoteca la vertiente social que representa la solución del conflicto<sup>998</sup>, inviste valores de profunda relevancia para la organización jurídica del Estado, identificados, principalmente, con el afianzamiento de la fe pública en el imperio del Estado de Derecho<sup>999</sup>, nociones que entroncan en las propias raíces del establecimiento histórico de la institucionalidad jurisdiccional, de tanto valor como vigencia en el ordenamiento norteamericano y también en el chileno, a cuya profunda revisión llama la propuesta de nuevos modelos de administración estatal de resolución de conflictos<sup>1000</sup>, de manera tal que resulta al menos discutible que

---

sentido exactamente opuesto a la doctrina recién anotada que subraya la “impropiedad” de esta “jurisdiccionalización” de la institución. Así en PÉREZ ET AL (2006) p. 179.

<sup>996</sup> LÓPEZ-BARAJAS (2012) p. 146.

<sup>997</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p.17.

<sup>998</sup> KERN (2013) p. 321.

<sup>999</sup> PALOMO (2006) p.451.

<sup>1000</sup> Existen, aún, otros valores a los que se les atribuye una relevancia central al modelo de administración binaria de justicia, en que la proporción de asuntos que llega a ser resuelta en sede estatal es acotada y aún más, mínima. Es el caso de la posibilidad del justiciable de exponer libremente, frente a un tercero imparcial no comprometido, todos los extremos de su caso, alternativa ésta que no se encuentra siempre disponible en un medio en que los acuerdos extrajudiciales entre los abogados resultan ser la regla general imperante. Se ha identificado a éste como un nudo crítico, que compromete la fe pública en el aparato jurisdiccional como un todo, la que se ve gravemente dañada por la percepción extendida que los abogados litigantes manejan de forma exclusiva y excluyente el conflicto en términos tales que se le termina por impedir al justiciable su libre acceso a un foro imparcial y receptivo a sus demandas. A tal punto llega la gravedad del reparo en cuestión, que se ha sostenido que: *“En el mundo real, la única elección disponible para los casos de cuantía económica contenida no es entre juicio y arbitraje (en sentido amplio), sino que entre un arbitraje y la nula posibilidad de llegar a sostener una audiencia real. Al ponderar el valor de los programas de promoción del arbitraje, es esencial mantener un enfoque atento y minucioso acerca de cuál es la alternativa real que se le está ofreciendo a la mayoría de los casos de una cuantía contenida. La manera en que la gran mayoría de estos casos son resueltos, se aleja del juicio u otros procesos adjudicativos formales o semi-formales, manteniéndose en el marco de una negociación informal, secreta, entre los abogados de las partes”* BRAZIL (1993) p. 22. Existe en esto, con todo, una componente esencial vinculada a la relación abogado cliente y de cultura jurídica en general que impide, muchas veces, extrapolar resultados de investigaciones empíricas emprendidas en el medio estadounidense.

el esfuerzo desplegado por la sede judicial estatal para poner a disposición de los interesados los medios óptimos para conseguir un resultado satisfactorio de su diferendo, sea éste autogestionado o no, no deja de reportar un valor social inmanente que es preciso preservar, en su constante diferendo con el ya mencionado “eficientismo” meramente efectista<sup>1001</sup> que, lejos de alcanzar los objetivos que promueve (como parece demostrarlo la ya descrita experiencia inglesa de las CPR), amenaza con privar al propio juicio adversarial de su virtualismo, aún dentro de los estrechos márgenes en que aun es utilizado, fundamentalmente, en los Estados Unidos<sup>1002</sup>.

Es cierto que, como hemos indicado antes, la fuerza normativa del precedente judicial que impera en el ordenamiento angloamericano añade un poderosísimo ingrediente al aporte del juzgamiento estatal<sup>1003</sup>, exorbitante al resultado propio del litigio, pero no lo es menos que aun en nuestro medio, heredero de tradiciones continentales ajenas al sistema del precedente, éste último adquiere cada vez más importancia: ya se señaló que no son pocas ni irrelevantes las herramientas procesales cuya procedencia reside precisamente en el mérito del precedente judicial, al punto que resulta indesmentible su valor como fuente formal y material del derecho sustantivo<sup>1004</sup>. Pero adicionalmente, y reforzando la noción de que el derecho simplemente no se agota en la ley, ocurre que una línea doctrinaria jurisprudencial sólidamente conformada y observada a través del tiempo representará, además, un importantísimo efecto disuasivo para la litigación “de

---

<sup>1001</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 11.

<sup>1002</sup> TARUFFO (2008) pp. 234, 265.

<sup>1003</sup> Esta función de creación del derecho, propio de los ordenamientos del *common law* ya expuesta, radica en los Estados Unidos preferentemente en los tribunales estatales antes que en los federales. Dado que la jurisdicción que ejercer estos últimos es esencialmente limitada (por oposición a los tribunales de “jurisdicción general” como se conocen a los estatales) a ciertas materias que, por su cuantía, importancia dogmática o por nociones vinculadas a la repercusión constitucional del caso, deben ser ventiladas ante el juez federal (al extremo de sostenerse que se trata de una suerte de jurisdicción “residual”), limitado es también el rol que desarrollan como fuentes del derecho inspirado en las reglas del precedente, cuestión ésta de presencia permanente y progresivamente preponderante en los últimos 50 años de desarrollo de la jurisdicción norteamericana, particularmente a partir de la vigencia de las potestades de “auto gobierno” judicial que inviste la *Judicial Conference* que le ha permitido, a través de los años, ir perfilando los límites de su propia jurisdicción hacia la mayor restricción del número de materias que les corresponde conocer. Se trata ésta de una controversia de especial relevancia y presencia que se verifica sólo en los Estados Unidos, atendida su organización federal y los problemas que ello genera para la distribución de las competencias entre la judicatura compuesta por los así llamados “Tribunales del artículo III” (o federales) y los estatales y que, sin embargo, también se puede utilizar como referente en el marco de la determinación de las áreas susceptibles de ser cubiertas por la oferta SARC, de manera que se trata éste de una materia de la que se debe tomar debida nota al considerar el compromiso con la función creadora del derecho que implica asumir plenamente la promoción pública de esta última. Así en RESNIK (2000) p. 969.

<sup>1004</sup> Punto debatido entre nosotros a partir del valor público que representa la litigación: NÚÑEZ ET AL (2015) p. 596.

aventura” o de “expediciones de pesca” que apuestan fundamentalmente al acaso en el resultado del litigio que, de esta manera, ve reducido de manera importante su factor de incertidumbre que tan justificadamente se reclama<sup>1005</sup>, también, en sede angloamericana en base al ya señalado efecto nocivo del *discovery* abusivo<sup>1006</sup>, ello sin dejar de considerar el valor que se le asigna a la uniformación de jurisprudencia que se mencionó anteriormente y, en general, a la “publicización” del proceso civil<sup>1007</sup>.

En torno a este último particular, no parece posible (ni aconsejable) soslayar que un modelo de oferta multi-partita de justicia, desarrollado en todos sus extremos necesariamente abdica, a lo menos parcialmente, del desarrollo del derecho que importa un cuerpo jurisprudencial público profundo y extendido, al radicar, o pretender hacerlo, parte importante del litigio en sede alternativa al juzgamiento tradicional, incluso (y de manera prevalente) en etapas preeliminares del proceso. Ya en 1986, el Juez Federal Harry Edwards, integrante del Federal Judicial Center, sostenía, a este respecto, que: “...se impone determinar si la opción por los ADR desembocará en un abandono de nuestro sistema constitucional bajo el cual el imperio del Derecho se estructura, pone en vigor y se hace efectivo por aquellas ramas del poder público que se encuentran legítima y legalmente investidas para ello”<sup>1008</sup>, asertos éstos de particular valor y actualidad en el trance que se encuentra en curso de afrontar nuestro medio.

Este nudo dogmático, que se emplaza en el núcleo de la dicotomía que se verifica entre las así llamadas justicia pública/justicia privada, resulta ser, como no, de difícil resolución, y no parece contar aún, tampoco en los ordenamientos angloamericanos, en que el pragmatismo que impera, como se dijo, sus opciones frente al conflicto, no lo parecen hacer críticamente necesario, con una masa

---

<sup>1005</sup> NÚÑEZ ET AL (2015) p. 604.

<sup>1006</sup> Con relevantes datos empíricos en torno a la efectividad del reparo: SUBRIN (2002) p.308.

<sup>1007</sup> HARASIC (2006) p. 393.

<sup>1008</sup> EDWARDS (1986), p. 671. Escribiendo a mediados de la década de los '80 del siglo pasado, este autor aporta antecedentes que serán de especial valía para el análisis propuesto, pues se encontraba en un punto crítico del desarrollo de los SARC en los EEUU, no diverso del estado del arte en Chile al día de hoy, señalando precisamente la crucial cuestión de enraizar la oferta de ADR al interior del aparato estatal de justicia, para facilitar sus procedimientos o fuera de éste y, en segundo lugar, la medida en que se admitiría la ingerencia de los sistemas alternos en la definición de estatutos obligaciones de derecho público o privado, efectuando la siguiente definición del objetivo de esta empresa: “Mi propósito al crear una matriz de derecho público/privado no es el de proporcionar a los gestores judiciales un método a prueba de necios para asignar casos a un sistema apropiado de resolución del conflicto. En vez de ello, esta matriz debe coadyuvar a ilustrar aquellos aspectos de los SARC a los que se debe prestar especial atención. En particular, nos debemos centrar en el cuadrante de la matriz que abre la posibilidad de resolver asuntos de litigios de orden público a través de SARC que operen de forma absolutamente separada de la judicatura (estatal). Los mecanismos SARC que pretendan cubrir este cuadrante son, en mi criterio, por completo inapropiados: EDWARDS (1986) p. 672.

crítica académica y jurisprudencial que le entregue a los tribunales estatales una guía unívoca, concreta, precisa, que permita identificar aquellos casos en que sea preferible priorizar, ora el paradigma del juzgador creador de derecho<sup>1009</sup>, ora el de la resolución del conflicto y que de esta manera permita erigir una regla clara que ilustre el derrotero a seguir para dilucidar la procedencia o admisibilidad del modelo de resolución del conflicto de salidas múltiples, ello a pesar de representar, el partido que se adopte, una señal clara en torno a los fines que se pretenden obtener del proceso civil en particular y del sistema de resolución de conflictos jurídicos en general.

Esta señal, si bien no definida explícitamente, a la manera que a un operador continental le parecería inexcusable, en realidad opera al interior del diseño mismo del juicio angloamericano de manera implícita, embozada, pero no por ello menos poderosa y omnipresente, al presentar una estructura predispuesta a la salida alterna en sus reglas procedimentales, probatorias, recursivas, dogmática e incluso en el trabajo diario de la judicatura: todo parece apuntado a la oferta SARC<sup>1010</sup>, punto a partir del cual cobra especial relevancia la apreciación exógena del modelo de juicio civil de inspiración *common law* que se expresó en capítulos anteriores, en cuanto a que éste ha tornado ya hacia el diseño de un estatuto monofásico, en que buena parte, si no todos los esfuerzos de la judicatura estatal se concentrarán en obtener una salida negociada al litigio precisamente en la fase ante-judicial<sup>1011</sup>, en la que imperan las instituciones vinculadas al *discovery* que será el que termine por modelar las pretensiones de los interesados, tal y como se ha indicado al analizar este último instituto.

**3.2.4.-** Asumiendo ahora, como base de estas reflexiones, la línea adoptada por el discurso público que preside las discusiones vinculadas a la reforma procesal civil en nuestro medio, tendiente a entregar un rol privilegiado a los sistemas alternos en el nuevo diseño<sup>1012</sup>, y agregando a ello que la experiencia comparada, tanto estadounidense<sup>1013</sup> como inglesa<sup>1014</sup>, demuestra, más allá de la evaluación de ciertas externalidades, no del todo definidas, que ello pueda presentar, que resulta no sólo plausible sino que aún más, enérgicamente aconsejable, asignar a la instancia judicial heterónoma un rol activo en lo que vincula con la gestión del proceso en aras de la asignación (o no) de medios alternativos de resolución del conflicto, surge ahora un segundo punto de no menor entidad, identificado con la responsabilidad que, en este entendido, se le impone al ente estatal de encauzar,

---

<sup>1009</sup> BERIZONCE (2016) p. 24.

<sup>1010</sup> GROSS ET AL (1996) pp. 2-3.

<sup>1011</sup> TARUFFO (2006) p. 81.

<sup>1012</sup> PALOMO ET AL (2016) (b) p. 288.

<sup>1013</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 27.

<sup>1014</sup> ZUCKERMAN (2006) p. 149.

a estos medios, aquellos asuntos en que consideraciones económicas, temporales o sustantivas, les hagan más apropiadas a los intereses de los justiciables<sup>1015</sup>. Este control es, de alguna manera, continuo, y no parece aconsejable limitarla a la sola asignación del caso, sino que se impone la necesidad de estructurar, en realidad, algunas vías de supervisión más o menos cercanas sobre la manera en que aquél se viene desarrollando, en un muy delicado (y complejo) equilibrio con la inexcusable independencia y autonomía que los SARC reclaman (y con mucha razón) para sí, aún en aquellos casos en que la instancia judicial haya resultado instrumental en su selección y aplicación, pues le corresponderá, en tal caso, velar por valores de prevalencia pública, superiores al simple interés particular por la resolución del conflicto<sup>1016</sup>, periféricos, si se quiere, a la resolución del conflicto, pero no por ello menos relevantes.

La evidencia empírica disponible, en este último orden de ideas, permite sostener que este control más o menos directo en la asignación de un medio alternativo y de supervisión en su desarrollo, ofrece además, como un muy relevante valor agregado, una importantísima simplificación del juicio estatal heterónimo<sup>1017</sup>, ello, naturalmente, en el evento que en definitiva los interesados declinen seguir adelante con la aplicación de un determinado medio alternativo y opten por derivar la resolución del conflicto, en definitiva, a la justicia estatal heterónoma<sup>1018</sup>. Los

---

<sup>1015</sup> No nos referimos acá, por cierto, a la responsabilidad de tipo reparatorio que le pueda caber al ente estatal ante el funcionamiento deficiente del aparato judicial, materia de suyo relevante, por demás y que habrá de ser objeto de una profunda revisión en el diseño y puesta en marcha de cualquier reforma al proceso civil que ha de servir de norma guía en la materia en nuestro ordenamiento que, hasta el día de hoy, no contempla sino la responsabilidad por enjuiciamiento o acusación penales erradas, de escasísima aplicación.

<sup>1016</sup> No diverso del resguardo del *overriding objective* de las CPR inglesas, que enumeran ciertos principios que resultan ser, en verdad, universalmente predicables de una justa y eficiente administración de la solución al conflicto, tal y como reza la regla 1.1 de su parte 1: "(1) Estas reglas constituyen un nuevo código procesal con el objetivo prevalente de habilitar al tribunal a fin que pueda enfrentarse a los casos de manera justa y a un costo proporcionado. (2) Enfrentarse a un caso de manera justa y a un costo proporcionado incluye, en la medida de lo posible: (a) Asegurar a las partes una igualdad de condiciones; (b) Ahorro de recursos; (c) Manejar un caso de maneras proporcionadas a: (i) la cuantía de los recursos involucrados; (ii) la importancia del caso; (iii) la complejidad del asunto y (iv) la posición financiera de cada parte; (d) Asegurar que el caso se maneje de manera expedita y equitativa; (e ) Asignar al caso una porción apropiada de los recursos del tribunal, teniendo en cuenta la necesidad de asignar recursos a otros casos y (d) Proveer para el cumplimiento obligatorio de las reglas, parámetros de litigación y ordenes judiciales."

<sup>1017</sup> EDWARDS (1986) p. 673.

<sup>1018</sup> Básicamente, el modelo comparado ofrece dos mecanismos a través de los cuales los interesados pueden sustraer su caso del medio alternativo que les ha sido asignado con mayor o menor grado de involucramiento de éstos en el proceso: el "*opt in*" o el "*opt ut*", ello dependiendo cuál será la salida aplicable por defecto. En el primer modelo, los interesados expresamente deben manifestar su voluntad de sustraer el asunto de la instancia judicial tradicional y optar por el ADR propuesto (sin perjuicio de poder preservar su derecho a desistir del mismo, decisión ésta que

litigantes involucrados en la cuestión, en este estadio de su diferendo, ya contarán con un volumen de información pertinente tal, que muchas de las etapas del proceso, particularmente en la prueba, se verán simplificadas en extremo, sin perjuicio de la ventaja que ello importa a la hora de acotar las pretensiones de los justiciables, quienes ya han contado con la posibilidad de confinar las mismas dentro de márgenes de plausibilidad y procedencia lógica, ilustrada con un estatuto amplio de información, mediante las herramientas del *discovery* y del *disclosure*<sup>1019</sup>.

**3.2.5.-** Desde esta última perspectiva, parece en realidad inevitable enlazar las nociones de una oferta multipartita de resolución del conflicto, promocionada a partir de la instancia estatal heterónoma, con aquellas instancias establecidas con

---

puede resultar crucial a la hora de adoptar alguna de estas vías) mientras que en el segundo, por la inversa, sólo si los interesados así lo manifestaren expresamente, su asunto revertirá a la justicia estatal, si nada manifestaren, por defecto, habrán de optar ellos por el ADR propuesto por el tribunal. Los programas pilotos de promoción intrajudicial de los SARC en el medio estadounidense han adscrito a ambos modelos en el tiempo, con resultados disímiles. Con todo, parece ser que existe entre los litigantes escaso apoyo a los programas SARC voluntarios (*opt-in*) y que, por lo tanto, serían los programas de corte obligatorio (*opt-out*) los que generarían mayor adhesión entre los usuarios, en el entendido que se les reserva a éstos el derecho a retornar fácilmente al aparato estatal. Así en STIENSTRA ET AL (1995) p. 26. Resulta particularmente interesante comprobar, por la incidencia que ello tiene para comprender el diseño de estructuras al interior del aparato jurisdiccional norteamericano, que el escaso éxito de los programas recién mencionados se ha atribuido al hecho que aquél, enmarcado en las muy criticadas medidas adoptadas en virtud de la *Civil Justice Reform Act* de 1990, fue promovido y aprobado al interior del Congreso Federal (en el seno del Comité Judicial del Senado, presidido por el entonces Senador y más tarde candidato presidencial John Biden). Esta génesis significó un divorcio de la forma de regular este género de materias que, como se ha explicado, se normaban de acuerdo a los estatutos promulgados por la Corte Suprema y sus comités asesores de acuerdo a la ley de delegación de facultades de 1934 que, de hecho, se mantiene en vigencia hasta el día de hoy y que le entrega al Congreso sólo poder de veto. Es por ello que se ha sostenido que este cuerpo de reformas no alcanzó el éxito que se predicaba a su respecto por haberse tratado más bien de una herramienta de promoción política, por una parte y por otra, por tratarse de una legislación aprobada a espaldas de la experiencia forense que, como hemos señalado, tiene un lugar privilegiado al interior de los comités asesores. Así en CHASE (2006) pp. 169-171, en agudo contraste con las exitosas reformas introducidas en 2000 en materia de *discovery* y costos de litigación.

<sup>1019</sup> BERIZONCE (2016) p. 35, con especial referencia a la optimización cualitativa del consentimiento que, en tal sentido, prestan los involucrados en el procedimiento: "*Tales experiencias (refiriendo a modelos alemán, italiano y brasileño) demuestran que el legislador no se contenta con fomentar fórmulas compositivas dejándolas libradas al juego de los puros intereses de las partes (...) sino que alientan las soluciones autocompuestas en el marco de la justicia oficial, con control del juez y, sobremanera, en la antesala del proceso. Sin clarificación de los hechos, aún en grado de verosimilitud y superficialidad, la negociación 'pedalea en el aire', es algo así como un vuelo a ciegas. Al ensamblarse apropiadamente ambas actividades, las partes llegan al acuerdo amistoso con conocimiento de causa, lo que garantiza un consentimiento 'maduro' fruto de una evaluación fundada de las circunstancias de hecho y de derecho que particularizan el caso*".

la finalidad de entregar, a los interesados, en fase ante – judicial<sup>1020</sup>, un estatuto de información atingente al diferendo, suficiente y eficiente, ello con miras a permitirles adoptar, en definitiva, la decisión de entregar un caso determinado a la tramitación que le ofrece el juzgamiento estatal tradicional o bien sustraerlo del mismo a favor de los SARC, consideraciones de contexto éstas particularmente presentes en el ordenamiento comparado y que, en definitiva, entregan parte importante de las claves a tener presente antes de asignar un SARC determinado a un conflicto dado lo que explica buena parte del éxito en la aplicación de éstos en los medios comparados angloamericanos que, con justa razón, prevé un tratamiento a la institucionalidad del *discovery* muy cercana, casi incorporada, a la garantía fundamental del *due process of law*<sup>1021</sup>.

Dicho en otros términos, las claves o nudos críticos que, según se anunció anteriormente, el juzgador estatal heterónimo que preside la eventual asignación de un SARC a un conflicto determinado debe ponderar, y que pueden identificarse (no exclusivamente ni excluyentemente) con motivaciones económicas, de celeridad (que muchas veces revierte hacia las primeras), de equidad o simetría entre los litigantes y de transparencia del proceso, son derechamente funcionales y proporcionadas<sup>1022</sup> a la información relevante con que cuente el justiciable antes de adoptar una decisión, al extremo de ser perfectamente sostenible, como elemento central, cardinal, de la investigación en curso, que no resulta razonable asignar la primera función a la jurisdicción estatal sin antes de determinar la forma en que se va a alcanzar un estándar mínimo en el segundo ámbito<sup>1023 1024</sup>,

---

<sup>1020</sup> Razón por la cual no es correcto sostener que estos objetivos de información oportuna y pertinente se satisfacen con institucionalidades asimilables a la asignación de la carga de la prueba en sede jurisdiccional (cargas dinámicas) o con el deber de colaboración intraprocesal o incluso con la sanción procesal de la valoración de la conducta del litigante, pues se tratan, todas ellas, de entidades emplazadas al interior del juicio, una vez emprendido el proceso de conocimiento, en que ya los interesados simplemente no pueden modificar sus pretensiones o derechamente optar por desistirse de ellas (sin experimentar sanciones) y reconducirlas a un SARC libremente, alternativas que sólo se presentan antes de enrielar por completo el juicio tradicional heterónimo.

<sup>1021</sup> HAZARD (2008) p. 1.694.

<sup>1022</sup> MARCUS (1998) p. 747.

<sup>1023</sup> Normalmente, se tratará ésta de una relación entre procesos de *discovery* y asignación de ADR por parte de la instancia estatal, pero no resulta aconsejable desatender, tampoco, el hecho que el propio desarrollo de un determinado ADR, tales como la mediación o la evaluación temprana de un tercero experto neutral (ENE) cumple también con esta función de permitir a las partes acceder a un cúmulo relevante de información que, de otra forma, ignorarían, originando el así llamado “litigio a ciegas”. Con todo, es muy importante considerar, en este punto, que las más de las veces el desarrollo de un determinado ADR llevará involucrada un acuerdo de confidencialidad más o menos normado y estricto el que impedirá invocar lo que allí se lleve a cabo en un eventual litigio tradicional posterior, pero ello no implica, lógicamente, que el justiciable llegue a conocer de forma mucho más acabada el escenario al cual se encuentra enfrentado y que, a partir de ello, se le coloque en posición de adoptar una decisión más armónica a los intereses en

consideración de particular importancia para emprender un proceso de reforma en un medio en que, como el nuestro, la instancia de averiguación temprana sencillamente no existe, como ocurre por demás en la mayoría de los ordenamientos hispanoamericanos<sup>1025</sup>.

**3.2.6.-** Se anunció ya en párrafos anteriores que la asignación de funciones al tribunal estatal heterónomo, en la aplicación adecuada de una oferta pluripartita de justicia, puede presentar ventajas incluso para el propio juzgamiento público tradicional, traducido no sólo en la moderación del número de litigios que terminan por ser resueltos en sede tradicional (tenido por algún sector dogmático como objetivo primario del proceso en cuestión<sup>1026</sup>, pero no por ello menos sujeto a fuertes reparos desde la perspectiva de la calidad de la salida ofrecida<sup>1027</sup>) sino que en juicios más simples y expeditos –en línea con lo planteado al comienzo de este capítulo-, para aquellos casos que, habiendo fracasado en la aplicación de un determinado SARC, opten por volver al juicio adjudicativo o que en definitiva, tras haber desarrollado etapas de información de los litigantes y de oferta de salidas alternativas al pleito, decidan permanecer en el ámbito del juicio público estatal, desestimando este último ofrecimiento, dependiendo de si se ha optado por la aplicación de un modelo de *opt-out* o de *opt-in*, respectivamente.

El pragmatismo empírico de las soluciones presentes en el medio angloamericano, enseña que estas últimas consideraciones son de primer orden, y no deben ser dejadas de lado sin más<sup>1028</sup>, por enlazar ellas con la pervivencia de un juicio estatal que se estructura en torno a nociones de adversarialidad y pasividad relativa de la jurisdicción estatal<sup>1029</sup> frente al proceso de encauce del diferendo<sup>1030</sup>, armonizado con el respeto al legítimo diseño de la litigación estratégica por parte de los abogados forenses<sup>1031</sup>, notas todas que son las que, precisamente, aportan el rasgo diferenciador entre el movimiento pro – ADR vivido en los Estados Unidos

---

juego ya las claves que se consideraron a la hora de asignar, eventualmente, un ADR dado. Ver p. 31 nota 61.

<sup>1024</sup> BERIZONCE, p. 136.

<sup>1025</sup> HAZARD (1998) p. 1682.

<sup>1026</sup> JEQUIER (2016) p. 94.

<sup>1027</sup> PALOMO ET AL (2016) p. 280.

<sup>1028</sup> WEIS (1992) p. 1396.

<sup>1029</sup> Pasividad relativa pues se ha resuelto ya, en sede comparada, que la asunción de un rol activo en gestión por parte del tribunal no atenta al dominio partisano del litigio si se armonizan las prerrogativas que confiere el ordenamiento: ROSENBERG (1988) p. 807.

<sup>1030</sup> RESNIK (1986) p. 536.

<sup>1031</sup> WEIS (1992) p. 1388.

a partir de fines de la década de los '70 del siglo pasado<sup>1032</sup> y aquél que se registró en el mismo medio incluso antes de la implantación de las FRCP<sup>1033</sup>.

En efecto: si bien resulta plenamente justificado la adopción de sólidos recaudos que impidan la tendencia (inmanente al proceso en comento, por demás) a sobre enfatizar el eventual beneficio de la implantación de una oferta de justicia caracterizada con salidas múltiples, en simples motivaciones de eficiencia cuantitativa de tiempo o disminución del volumen total de asuntos entregados a la instancia judicial estatal, omitiendo las consideraciones cualitativas que, a la postre, deben liderar las mismas<sup>1034</sup>, no parece aconsejable, tampoco, dejar de considerar el impacto que, inevitablemente aquellos programas representan para la carga de trabajo asignada a los tribunales estatales<sup>1035</sup>.

La respuesta a si el desarrollo de programas de promoción intrajudicial de los SARC contribuye, efectivamente, a la racionalización y uso eficiente de los recursos entregados para el cumplimiento de la función pública entregada a los tribunales estatales debe contextualizarse, con todo, en un escenario más amplio y de componentes notoriamente más complejos, también presentes en el medio angloamericano en contra de la convicción cultural generalizada<sup>1036</sup>: en primer lugar, supone ello determinar si existe, realmente, una crisis en la administración de justicia civil estatal heterónoma tradicional que reconozca, de manera principal, orígenes en una carga de trabajo desproporcionada a sus posibilidades, de manera de producir como resultado una merma en una función de carácter verdaderamente jurisdiccional, esto es, de creación de reglas jurídicas predecibles

---

<sup>1032</sup> Concretamente, tras las Conferencias Pound de 1976: TRAUM ET AL (2017) p. 1388.

<sup>1033</sup> ROSENBERG (1988) p. 801.

<sup>1034</sup> Crítica consideración que ya fue apuntada en los albores del movimiento ADR que imperó en los Estados Unidos a partir de fines de los años '70 del siglo pasado: EDWARDS (1986) p. 669.

<sup>1035</sup> Estas motivaciones que, como se dijo, se encuentran notoriamente presentes en nuestro medio como justificación para la promoción pública de los SARC, se encuentran también presentes, aún en estas fechas, en los Estados Unidos, como lo demuestran, por ejemplo, los estudios estadísticos puestos a disposición por el Federal Judicial Center. Por todos, y asumiendo además poderosos cuestionamientos en este sentido: STIENSTRA ET AL (1995) p. 33, 34.

<sup>1036</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 33. La recurrencia a la cita que el lector atento habrá constatado en esta sección, encuentra su explicación por tratarse de una publicación oficial del Federal Judicial Center, entidad pública instaurada a fines de la década de los '60 del siglo pasado en el seno de la judicatura federal estadounidense con la expresa finalidad de: "...*(llevar a cabo) la función de investigación y formación en el poder judicial de los Estados Unidos. El Centro apoya una administración de justicia eficiente y efectiva, así como la independencia judicial. Su estatuto, que le confiere el carácter de unidad autónoma del poder judicial, sus funciones específicas y su especialización profesional, le permiten perseguir y fomentar el análisis crítico y detallado de las formas de mejorar el desempeño judicial. El Centro no define políticas públicas y carece de autoridad vinculante, su rol consiste en entregar información precisa y objetiva, así como formación, a la vez que promover el análisis transparente y profundo de políticas, prácticas y procedimientos judiciales*": <https://www.fjc.gov/node/12506>, visitado el 2 de junio, 2018. Su referencia es, por tanto, prácticamente obligatoria en este género de asuntos.

y estables<sup>1037</sup> y con ello, el retorno a la nefanda “ruleta judicial”. Esta cuestión, que *prima facie* resulta ser un reparo prevalente en nuestro medio, merece, sin embargo, ser considerada seriamente, en su justa medida<sup>1038</sup>, tal y como ocurrió en los medios comparados a propósito de la explosión del fenómeno ADR<sup>1039</sup>, en que el examen empírico desarrollado, en especial en los Estados Unidos, demostró que, en definitiva, la temida avalancha de asuntos no llegó a producirse, de manera que se impuso la necesidad de analizar otros orígenes que justificaran el movimiento en cuestión<sup>1040</sup>, pues en definitiva, la denominación de “alternativos” de los medios de resolución diversos al juicio adversarial no podía referirse ya a un mecanismo que terminó siendo utilizado, en toda sus extensión, en un corto número de casos<sup>1041</sup>, al extremo que se ha llegado a sostener que han sido los propios jueces los principales promotores de las vías alternas pues comparten, con los operadores del foro, una pálida perspectiva de la manera en que se ha venido diseñando el juicio adjudicativo tradicional<sup>1042</sup>.

A pesar que volveremos sobre ello en el capítulo siguiente, parece necesario consignar desde ya que, avizorando una reforma procesal civil en pleno régimen, e incorporando a este análisis una nueva estructura de tratamiento de la carga de trabajo que suponen las cobranzas ejecutivas y la eventual inserción de nuevas

---

<sup>1037</sup> WEIS (1992) p. 1396.

<sup>1038</sup> GARCÍA ET AL (2006) p. 36.

<sup>1039</sup> TWINING (1993) p. 380.

<sup>1040</sup> CHASE (2011) pp. 143-144. Al identificar históricamente el origen del movimiento ADR en los Estados Unidos con las conferencias Pound de 1976 (como lo hace, por demás, la mayoría de la dogmática), señala que los operadores y, en particular, los jueces de tribunales superiores, sí avizoraban un “tsunami” de demanda por justicia para los 30 años entrantes que sencillamente no se llegó a materializar pero que sí tuvo por consecuencia el incontenible movimiento que llevó las cifras porcentuales de juzgamiento estatal a números de un solo dígito. Sintomático en tal sentido es la referencia que efectúa a la intervención de R.H. Bork, Procurador General: *“Hemos tenido que analizar (en los tribunales federales) la apreciación de que existe, y durante algunos años viene existiendo, la creación a paso lento de una crisis dentro de la administración de justicia y en el sistema de tribunales federales (...) La causa de la crisis no es más que una sobrecarga, y la sobrecarga es de tal gravedad que la integridad del sistema federal se ve amenazada, una sobrecarga poco reconocida, por no decir molesta, y con síntomas que no está totalmente acreditado para los abogados y, al parecer, tampoco para el Congreso”* (que aparentemente no estaban del todo errados). En esta misma intervención, el mismo ponente manifestó, en los materiales científicos que recogieron los resultados de la Conferencia, su preocupación, en línea con lo expuesto más arriba, por la preservación del estándar cualitativo de la respuesta que el aparato judicial ofrecía al interesado, el que veía amenazado, como no, por la sobrecarga ya referida: *“Como sociedad estamos tratando de aplicar la ley y los procedimientos judiciales en cada vez más aspectos de la vida en un esfuerzo de garantizar a todos los ciudadanos hasta el derecho de menor importancia que idealmente deberían poseer (...) Nos vemos abocados, creo, a la conclusión de que sólo una redistribución de las controversias entre los diferentes tipos de tribunales ofrece alguna esperanza a largo plazo para el sistema judicial federal”*. Así en CHASE (2011) p. 147.

<sup>1041</sup> TWINING (1993) p. 382.

<sup>1042</sup> RESNIK (2003) p. 193.

judicaturas especializadas –principalmente las vinculadas a la litigación contencioso administrativa- la carga de trabajo de los tribunales nacionales se verá reducida de manera dramática, de manera que el efecto de liberación de asuntos que anuncia la adopción amplia de SARC resultará ser, en definitiva, una ponderación de orden más bien secundario, no prevalente, tal y como terminó siendo, por demás, en los medios estadounidense e inglés, que prepararon, en definitiva, sus aparatos de enjuiciamiento civil para un colapso que, sencillamente, nunca llegó sin que ello implique, en todo caso, restar nada del valor que inviste el hecho de haber liberado “tiempo de juicio” y con ello, la posibilidad, ahora cierta, de privilegiar una administración estatal de justicia centrada en la calidad jurídica de la atención que dispensa al interesado<sup>1043</sup>, por una parte y por otra, en su inexcusable función de decir –y de paso, crear- derecho, sustancial e insustituible para un Estado de Derecho que espera de sus estatutos procesales y de sus tribunales estatales el desempeño de un rol crucial para la subsistencia misma de la organización pacífica del aparato político<sup>1044</sup> y que, de hecho, se legitima a través de aquél<sup>1045</sup>, como se indicó en otras secciones antes, particularmente caro para los medios imperados por el *common law* lo que origina no escasos ni desautorizados reparos al proceso de promoción SARC antes señalado<sup>1046</sup>.

En suma; el modelo de promoción intrajudicial de los SARC asumido en sede angloamericana permite constatar que si bien la consideración meramente “eficientista” de liberación de carga de trabajo de los tribunales estatales no puede presidir la empresa de materializar su inserción en el ordenamiento, sí demuestra que vincula directamente a, si se quiere, “externalidades” eminentemente funcionales al incremento cualitativo de la respuesta que el aparato judicial estatal ofrece a los afectados y, con ello, a la consolidación de uno de los fundamentos sustanciales del Estado de Derecho, traducido en el “*due process of law*” que conduce, en términos más amplios, a la preservación y defensa de la “*rule of law*”, definida como norte de la función jurisdiccional. Estos efectos no se obtienen, sin embargo, sin comprometer otros cometidos de igual relevancia, ya enunciados, lo que obligará a un muy detenido y cuidadoso proceso de contraste entre unas y otras consecuencias, pues lo cierto es que *“En lo que concierne a los SARC y el efecto de éstos en el diseño de alternativas institucionalizadas a la litigación o al juzgamiento adjudicativo, apuntado a la finalidad de reducir la exposición indeseada de las partes al sistema, el compromiso económico y las demoras, no*

---

<sup>1043</sup> ANDREWS (2012) p. 283.

<sup>1044</sup> CHASE (2011) p. 53.

<sup>1045</sup> PÉREZ ET AL (2006) p. 171.

<sup>1046</sup> Con cita a Owen Fiss: TWINING (1993) p. 381.

*debe asumirse como un hecho dado que los beneficios de tales instituciones necesariamente superarán los costos de su implantación*<sup>1047</sup>.

Los ADR, por tanto, sí prestan una utilidad indiscutible para el mejor desarrollo del juicio adversarial, hacia allá marcharon los modelos angloamericanos, pero al hacerlo, el ordenamiento jurisdiccional debe afrontar costos relevantes que es preciso conocer a cabalidad, extremo este último que no resulta del todo claro que se haya comprendido (o querido comprender, pues se ha señalado en paralelo que la declinación del juicio adversarial que importa la promoción de los SARC fue una reacción de grupos más poderosos frente al repentino acceso a herramientas legales de quienes tradicionalmente no se encontraban en posición de adentrarse en ellas<sup>1048</sup>) por completo en aquellos medios<sup>1049</sup> o si bien se trató de un proceso que se emprendió asumiendo desaprensivamente que, en el estado de la cuestión, los beneficios obtenidos de implantar un esquema amplio, omnicompreensivo y privilegiado de SARC de promoción intrajudicial, superarían largamente las taras del sistema adjudicativo que se trataba de mitigar. El uso de este muy opinable sistema de “prueba y error” extendido a todo el ordenamiento<sup>1050</sup> ha sido descrito por parte de autorizadas fuentes, tanto en los Estados Unidos<sup>1051</sup>, como en el Reino Unido<sup>1052</sup>.

---

<sup>1047</sup> TWINING (1993) p. 391.

<sup>1048</sup> RESNIK (2003) p. 192. Con cita a Owen Fiss, académico homenajeado en su trabajo, esta autora sostiene que, en el esquema planteado por éste, el *discovery* diseñado conforme a las reglas de las FRCP podía ser denominado como el “FBI de los pobres”, al entregar a sector habitualmente marginados de la litigación en sede pública tradicional, herramientas legales de averiguación profunda de los antecedentes de un determinado caso que les afectaba, de manera que la degradación del juicio adversarial tradicional sólo podía obrar a favor de aquellos sectores que se veían afectados por estos nuevos estándares de transparencia.

<sup>1049</sup> En 1986, en pleno auge de la expansión de los SARC en los Estados Unidos, el juez (y connotado académico de las Universidades de, Michigan, Harvard, Duke, Georgetown, Pennsylvania y, recientemente, NYU, primer juez afroamericano en ser designado presidente de una Corte Federal, coordinador nacional de arbitrajes comerciales y laborales y dueño de un extenso y reconocido currículum en el medio estadounidense) Harry Edwards sostenía: “*Mi principal preocupación es que, en medio del entusiasmo acerca de la idea de los SARC, podamos omitir reflexionar profundamente acerca de lo que realmente estamos tratando de alcanzar. Es tiempo que meditemos acerca de nuestras metas y ponderar proporcionadamente tanto las ventajas como los riesgos que entrañan los SARC como alternativas a la litigación tradicional*”. EDWARDS (1986) p. 669. Se trata, pues, de una fuente dogmática que demanda especial atención, por la similitud de contexto en que se verifican sus consideraciones con el medio nacional del día de hoy que se propone radicar una promoción intensiva de los medios alternos en el sistema de justicia civil reformado y por la especial autoridad que inviste su emisor, desarrollada tanto en sedes alternas como públicas.

<sup>1050</sup> Que por su extensión no consistían en simples planes piloto.

<sup>1051</sup> “*La aproximación ‘probemos y veamos si sirve’ fue el sello de fábrica de la más amplia evaluación empírica de enmiendas jamás intentada en la judicatura federal estadounidense, la Ley de Reforma a la Justicia Civil de 1990. No fue sorprendente que se centrara en los costos económicos y en los retrasos, con alguna atención referida a la satisfacción de los usuarios.*”

Se trata, por ende, de una muy valiosa experiencia, ilustrada por su aplicación a lo largo de un extendido período de tiempo y en un amplio campo de pruebas que no resultará lógico desdeñar en un proceso de reforma que se ha planteado, como uno de sus puntales, la promoción de los medios alternos de solución de conflictos en un medio, insistiremos, notoriamente contrario a la adopción de salidas negociadas o alternas al juzgamiento estatal tradicional, perspectiva que enlaza con el cuestionamiento, en el modelo jerárquico de justicia, de la legitimidad de las empresas privadas para la resolución del diferendo<sup>1053</sup> y que también constituye una óptica validada por observadores emplazados en los medios imperados por el *common law*<sup>1054</sup> entre quienes la cuestión del día parece reconducir al diseño de mecanismos y herramientas que permitan maximizar las externalidades positivas de los procesos público y privado de resolución de controversias<sup>1055</sup>. Después de todo, debe asumirse que la adopción de reformas implica, necesariamente, una priorización de valores a considerar en un contexto cultural dado y que el desafío consiste, precisamente, en hacer más armónica la gradiente entre unas y otras prevalencias<sup>1056</sup>.

**3.2.7.-** En seguida, y de manera alguna menos relevante que las cuestiones planteadas con precedencia, debe afrontarse la siempre espinuda cuestión del financiamiento de los programas SARC mediante fondos públicos, consideración imperada por la medida en que ello compromete y afecta, por una parte, la autonomía e independencia en el desarrollo de éstos últimos, tanto en un sentido positivo (la presencia del aporte financiero es el mecanismo que, mediante el subsidio a la oferta, permite acceso al sistema y masifica su funcionamiento) como negativo (dado que existe financiamiento público, es necesario implantar medidas de control y rendición de cuenta, al igual que cualquier otra entidad pública) y por otra, los –siempre insuficientes- recursos a asignar al Poder Judicial para el cumplimiento de su función primaria tradicional en el desarrollo del juicio adjudicativo<sup>1057</sup>, frente a los nuevos roles que se plantea asignarles, enfocados hacia la gestión del litigio y, dentro de ella, a la referencia a programas SARC y el posterior control del desarrollo efectivo de éste, si es que se conviene, desde

---

*Aprendimos bastante de nuestro experimento nacional. Las lecciones aprendidas fueron fundamentalmente vinculadas a como desarrollar estos análisis y como NO hacerlo. También aprendimos algo acerca de gestión de los retrasos y de costos, pero no tanto como un análisis bien estructurado habría enseñado".* CHASE (2006) p. 167, énfasis en el original.

<sup>1052</sup> GENN ET AL (2007) p. 12, 205.

<sup>1053</sup> De raigambre netamente cultural, por cierto: DAMASKA (2000) p. 96.

<sup>1054</sup> TWINING (1993) p. 391.

<sup>1055</sup> RESNIK (2003) p. 191.

<sup>1056</sup> CHASE (2011) p. 186.

<sup>1057</sup> CHASE (2011) p. 121.

luego, en la procedencia de este diseño intrajudicial del modelo de promoción en comento<sup>1058</sup>.

No debe olvidarse que la consideración económica es, precisamente, la que lastra, en parecer de sus detractores, todo el modelo de juicio adversarial estadounidense, aún a pesar (o quizás debido a ello) de encontrarse diseñado para materializar, recordemos, a un porcentaje no superior al 10% de sentencias dictadas en juicio estatal tradicional, reconocido incluso por la máxima judicatura como componente esencial de la supervivencia del adversarial<sup>1059</sup>, pues aún en este escenario, insistimos, se presentaría con una racionalidad preservada para los intereses de clase, radicando la legitimidad de sus resultados (obtenidos en una proporción aplastante a través de los ADR) en el favorecimiento de grupos tradicionalmente poderosos<sup>1060</sup>. Similar aprehensión de accesibilidad económica se puede constatar en el medio inglés, en especial si se considera que la racionalización en el uso de los recursos económicos fue, precisamente, uno de los objetivos confesos de la implantación de las CPR de 1999 y resulta ser, por demás, foco de los principales reparos hacia el proceso de reforma emprendido en los albores del siglo XXI<sup>1061</sup>, el que también ha mantenido un estatuto procesal fuertemente abocado a privilegiar la solución no adjudicativa, negociada y aún auto – compositiva, de promoción primordialmente intra – judicial, como lo demuestran por demás sus principales promotores<sup>1062</sup>.

Se trata, pues, de un punto crítico que los medios comparados que sirven de base a esta investigación no han llegado, aún, a superar y parecen encontrarse lejos de hacerlo, ello a pesar de adoptar extensas reformas procesales y aún introducir ordenamientos por completo nuevos, manifestándose incluso sin ambages que en el medio imperado por el *common law* no existiría posibilidad alguna de insertar, de manera extendida, instituciones modeladas a partir de los ordenamientos continentales, precisamente por una consideración de la cantidad de recursos públicos destinados al sistema estatal de resolución de conflictos<sup>1063</sup>, criterio este último que parece entroncar con la limitación de recursos que se verificó tras la

---

<sup>1058</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 34.

<sup>1059</sup> TARUFFO (2008) p. 221.

<sup>1060</sup> TARUFFO (2008) p. 263, 264.

<sup>1061</sup> SORABJI (2013) p. 213.

<sup>1062</sup> "...*Harry Woolf* (autor del informe que sirvió de base a la reforma emprendida en 1999) *concluyó* (en su informe de 1996) *que había llegado la hora de restringir el adversarial a través de una limitación de las facultades de los abogados litigantes a través de un uso intensificado de los ADR, centrando la atención en la negociación y otorgándole mayor autoridad a los jueces en la gestión judicial de los casos*". Así en RESNIK (2003) p. 189, subrayando que el proceso de limitar la expansión de los extremos del adversarial no era un fenómeno netamente estadounidense, sino que podía verificarse su concurrencia en la inspiración de las CPR de 1999.

<sup>1063</sup> WEIS (1992) p. 1.390.

dictación de las FRCP, en un medio en que se esperaba (y espera) del aparato judicial una gestión financieramente eficiente y en que éste, además, se empeña desde antiguo su capacidad para alcanzar el objetivo que de esta manera le ha sido asignado<sup>1064</sup>.

En torno a este fundamental particular, parece del todo necesario consignar, en un inevitable contrapunto, que también en el ordenamiento comparado estadounidense, al igual que en el nacional<sup>1065</sup>, se ha sostenido enfáticamente que “...*(el objetivo) de los ADR no es, ni puede ser, la reducción de costos o del número de los juicios tradicionales: ésta sola consideración no serviría a ningún propósito per se. El objetivo real consiste, en este ámbito, en liberar el así llamado “tiempo de juicio” para su reasignación a los casos que así lo ameriten por su complejidad, o por presentar alternativas u oportunidades de desarrollo y avance del derecho, en definitiva. El simple aumento del número de jueces tampoco presenta por sí solo la solución si ello no va unido a una redefinición de los roles de gestión que se le entregan a los jueces en el contexto de los programas de asignación de ADR*”<sup>1066</sup>. El desarrollo de programas SARC de inserción intrajudicial demanda, por ende, y aunque resulte esto una reiteración cercana a la obviedad, una inversión decidida de recursos públicos que acompañe a la política que los instrumentos fundantes predicen (lo que no siempre, lamentablemente, se verifica, pues son comunes las experiencias de programas en que el aliento de la sede administrativa no perdura y lo deja limitado al entusiasmo implantado en la

---

<sup>1064</sup> CHASE (2011) p. 121. Apunta este autor que este sería el origen de las consideraciones que generaron el modelo de gestión judicial o *managerial judges* y que dicho movimiento perduró, justamente, hasta su expansión de la mano con la explosión del auge del movimiento ADR en los años '80 y '90 del siglo pasado. Pero, como se verá, no se trata éste (la eficiencia económica) de un concepto nuevo, sino que puede perfectamente a la época de promulgación de las FRCP e incluso antes, de manera coetánea con el movimiento de “realismo jurídico” que se verificó en los albores del siglo XX en la senda de los principios sustentados por la escuela fundada por Roscoe Pound.

<sup>1065</sup> PALOMO ET AL (2016) pp. 127-128.

<sup>1066</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 34. Fuese ésta u otra la motivación inmanente que guió el movimiento SARC en los Estados Unidos y, con ello, su promoción intrajudicial, lo cierto es que la estadística consolidada para los asuntos ingresados a las jurisdicciones estatales desde comienzos de la década de los '70 del siglo pasado hasta mediados de la década de los '90, comienzan, para la globalidad de los juicios concluidos en sede judicial (incluyendo *summary trials* u otras salidas adjudicativas sumarias) con un porcentaje cercano al 7% de los casos y terminan en cifras porcentuales inferiores al 4%. Los juicios concluidos por sentencia adjudicativa pronunciada tras un juicio por jurados, comienza con porcentajes cercanos al 3% y concluye con valores que rodean el 2%. STIENSTRA ET AL (1995) Anexo 2. Estas cifras parecen confirmar que, efectivamente, acierta la dogmática al enunciar que la esperada “avalancha” de demanda por servicios judiciales finalmente, no llegó, aún cuando será imposible determinar ya que proporción de este “no efecto” sea consecuencia directa de la implantación de la nueva familia de SARC gestionados desde la sede judicial heterónoma: CHASE (2011) p. 144.

jurisdicción y en los operadores<sup>1067</sup>), y en este sentido, la única vía lógica de lograr el objetivo de armonizar eficiencia cuantitativa, eficacia cualitativa y efectiva promoción forense de estas institucionalidades<sup>1068</sup>, pasará por asignar al tribunal un rol activo y efectivo en asistir a los litigantes –también desde la perspectiva pecuniaria- al momento de determinar, en la fase más temprana posible del juicio adjudicativo tradicional, idealmente tras el intercambio de información relevante y contando para ello con una participación activa de los intervinientes, cuál es la mejor salida para las particularidades que presenta el caso planteado<sup>1069</sup> lo que necesariamente importará, como se dijo, una asignación de recursos humanos y materiales en aras de lograr el desarrollo del programa con alguna posibilidad de éxito, que no imponga a los involucrados presiones operativas de orden económico que, en definitiva, comprometan su autonomía de selección. Se materializa así la función de consolidar el principio subyacente a los SARC, que obliga a entender que su funcionamiento correcto demanda una igualdad de armas y de recursos de los interesados. Si se omite considerar este particular, sólo se llegará a materializar, como consecuencia, que el litigante pobre será siempre víctima de los costos de la litigación, aún cuando arribe a un acuerdo transaccional, reparo que el medio estadounidense admite desde hace ya décadas<sup>1070</sup>.

En esta línea de razonamientos no parece posible, por tanto, dejar de considerar que la adopción de un programa del género de aquellos que forman el objeto en estudio, importa generar una carga adicional de trabajo en la agenda de los promotores de aquél, compuesto muchas veces de asuntos de una complejidad no inferior a la adjudicación tradicional que el tribunal lleva a cabo al dictar sentencia, al tiempo que, nuevamente, y esta vez desde la perspectiva de los recursos, importará un riesgo cierto de desplazar la atención del juzgador estatal (en los casos en que éste asume el papel de promoción antes indicado) en merma de aquella que demanda el rol central que juega el juicio estatal heterónimo tradicional en las funciones del tribunal, al comprometer costos (humanos en este caso, pero no por ello de escasa repercusión económica<sup>1071</sup>) de cargo de la propia administración de justicia<sup>1072</sup>.

Es cierto que en el modelo comparado existe alguna evidencia empírica de una mejoría en los tiempos de tramitación (revertida nuevamente, como es lógico, a

---

<sup>1067</sup> GENN (2007) p. 3.

<sup>1068</sup> ZUCKERMAN (2006) p. 143.

<sup>1069</sup> GENN (2007) p. 12, con cita a Martin Partington, Coordinador del sub-comité para ADR del Consejo de litigación civil.

<sup>1070</sup> FISS (1984), p. 1076.

<sup>1071</sup> RESNIK (2000), p. 1001.

<sup>1072</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 36.

consecuencias de orden económico) al aplicar programas de referencia a asesoría de expertos o de mediación que justificaría la inversión de fondos públicos, pero no lo es menos que, por una parte, se trata de un proceso que debe ir unido a la gestión judicial<sup>1073</sup>, en tanto que, por otra, no existe la misma información para otros programas tan relevantes como los de arbitraje anexo al tribunal o, más relevante aún, que arroje luz sobre la cifra “negra” de los acuerdos negociados directamente por los abogados<sup>1074</sup>, fenómeno este último muy propio del foro norteamericano y largamente cuestionado por su falta de transparencia y de control por parte de la judicatura o de otras entidades externas que tampoco cuenta con formalidades externas que permitan validar sus resultados.

Se ha de agregar además que, tal y como ocurre en nuestro medio, se produce un conflicto permanente en torno a la asignación de recursos públicos para la atención de las necesidades exclusivamente particulares de los interesados, quienes se ven favorecidos gracias a la asignación de un SARC ya enteramente financiado, cuyas soluciones al conflicto, diversas de una sentencia adjudicativa, no implicarán tampoco un desarrollo jurídico apreciable para la comunidad como producto también deseable<sup>1075</sup>, especialmente en un medio imperado por la regla del precedente el que, como se indicó antes, adquiere progresivamente un creciente valor en el nuestro en el cual, además, se entiende que existe un valor de prerrogativa fundamental involucrado en el derecho al “*day in court*”, de una relevancia tal, que enfrentado a la intangible (en el derecho continental) institución de la cosa juzgada, se termina imponiendo con autoridad<sup>1076</sup>, derecho al cual renuncia el usuario que, como ocurre en la abrumadora mayoría de los casos, opta por algún género de ADR con el consiguiente ahorro de recursos públicos.

Esta situación no hace sino agravarse si se considera, por otra parte, que el respeto al principio relativamente asentado de respeto a la autonomía de la voluntad del interesado a la hora de optar (o no) por un sistema alternativo, requisito ineludible de este género de programas<sup>1077</sup>, impediría (insistimos, en una primera aproximación) imponerle costos o sanciones de orden pecuniario - procesal en caso de llegar a desistir de un proceso de SARC debidamente encauzado o en marcha, por revertir esa solución en una manera, muy concreta por demás, de constreñir a la parte a fin que mantenga el litigio que lo involucra confinado a los programas SARC, so pena de verse sujeto a la imposición de sanciones tales como la asignación de costas (concretamente en el caso que en el desarrollo del litigio tradicional no llegue esa aparte a alcanzar objetivos sensiblemente más

---

<sup>1073</sup> ROSENBERG (1988) p. 819.

<sup>1074</sup> WEIS (1992) p. 1.395.

<sup>1075</sup> DAMASKA (1997) p. 103.

<sup>1076</sup> BONE (2013) pp. 267, 268.

<sup>1077</sup> PALOMO ET AL (2016) p. 125.

favorables a los que se le presentaron en sede alterna o, tanto peor, si resulta perdidoso) que, en los medios angloamericanos, se caracterizan por ser particularmente onerosos, incertidumbre esta que, por cierto, conforma un poderoso (pero discutiblemente legítimo) aliciente para preferir la mantención del asunto en la senda determinada por el juez gestor que, en el proceso, además, bien puede haber omitido considerar la larga serie de razones que, no siempre identificadas con el resultado económico del proceso, pueden haber empujado al interesado a retirar el asunto del curso SARC que se le había asignado. No es ésta tampoco, por ende, una inversión de recursos públicos que pueda, eventualmente, de ser directamente atribuible al afectado alguna suerte de responsabilidad en el fracaso de la referencia, ser reembolsada con total certeza por la vía de imposición de multas o costas.

#### **4.- La gestión judicial (*managerial judges*) como enlace entre *discovery* y SARC de referencia jurisdiccional.**

##### **4.1.- El juez estatal a la defensa del adversarial.**

**4.1.1.-** Hemos desarrollado hasta acá, una línea de investigación encauzada en la convicción que, principalmente en los ordenamientos comparados que sirven de sostén a nuestras tesis, el propio juicio adversarial genera, en pos de subsistir a las muchas “abolladuras”<sup>1078</sup> que su uso extensivo y extendido le ha irrogado, ciertas institucionalidades y herramientas que permiten racionalizar la aplicación de la salida jurisdiccional tradicional de acuerdo a la estrategia que adopten las partes y a las necesidades que el propio caso presente. Es preciso recordar que ésta es la razón por la cual hemos ahondado en la génesis y evolución forense de dichas instituciones.

En este orden de ideas, sea cual fuere el partido que se adopte en torno a las cuestiones planteadas en las secciones desarrolladas con precedencia (emplazamiento de la etapa de intercambio de información, referencia judicial de los medios alternos, imposición de costos a las partes), reiteraremos que podemos concluir, a partir de los antecedentes que se dejan consignados más arriba, que la solución del conflicto jurídico, sea que éste radique finalmente en sede estatal o no, sólo puede (y debe) verse beneficiada mediante la entrega de información pertinente y oportuna a los litigantes, al extremo que resulta posible sostener que una sana agilización de los procesos en general, que no comprometa la calidad de los mismos, pende en buena medida de este factor, el que a su vez puede responder de manera proporcionalmente mejorada en relación al apoyo que entregue la instancia judicial estatal<sup>1079</sup>, al extremo que pudimos afirmar que

---

<sup>1078</sup> RESNIK (2003) p. 192.

<sup>1079</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 39.

resulta por completo inconcebible estatuir un modelo de juicio adversarial en el que imperen la transparencia y la igualdad de armas entre litigantes, sin instaurar en su interior algún género de estatuto de intercambio antejudicial de información, sea cual fuere el género o la intensidad del apoyo judicial que se prevea para dicho proceso.

La promoción intrajudicial de los SARC de amplio espectro (esto es, incluso de salidas judiciales de menor extensión o profundidad), a su turno, sólo se podrá desarrollar, en este entendido, en un escenario imperado por el intercambio de información entre partes que les habilitará para adoptar libremente la decisión que resulte más conveniente a sus intereses, en tanto que, por otra, resultará ser instrumental (y crucial) para la supervivencia del adversarial estatal obtener, a través de ese mecanismo de referencia, y del intercambio de información que le precede, una modulación cuantitativa y cualitativa de la demanda por juzgamiento estatal. La íntima vinculación entre instituciones parece ser, por tanto, indesmentible, aún cuando ha sido objeto de ácidos (y fundados) reparos por la manera cómo los propios jueces estatales (y en particular federales, en los Estados Unidos) han interpretado este particular estatuto, por permitirles discriminar, a partir del contexto de la discreción judicial introducida por las FRCP y sus reformas posteriores, por sí y ante sí, las materias “dignas” de atención judicial, confinando la litigación rutinaria, cotidiana, a agencias estatales semi-judiciales, a cuyos órganos decisorios incluso se les cuestionó la denominación de “jueces”. Los propios jueces, por tanto, fueron quienes, en uso de sus potestades de gestión, presidieron la marcha hacia los ADR, preservando para sí la función de presidir la litigación en aquellos contados casos que, por motivos económicos o de prestancia política, resultaba ser más atractiva<sup>1080</sup>, ello a pesar que es posible concebir una lectura de este fenómeno sosteniendo que el tribunal estatal reserva para sí aquellos casos en que efectivamente debe crear derecho, liberando la litigación rutinaria a sedes alternas que sólo deben aplicar, llegado que sea el caso, el derecho ya establecido jurisprudencialmente<sup>1081</sup>. Sea cual fuere la concepción que explique su surgimiento, lo cierto es que este movimiento ha dado

---

<sup>1080</sup> RESNIK (2003) pp. 192-194. Nótese que esta eminente autora estadounidense intitula esta investigación, precisamente: “Algunas reflexiones sobre el triunfo y la muerte de la adjudicación”, sosteniendo que la marcha hacia el abandono de la sede jurisdiccional estatal fue, como se indica, promovida desde la propia judicatura por parte de jueces convencidos que la relevancia del emplazamiento constitucional de sus funciones les permitía marginar de éstas la litigación de menor entidad y entregarla a los SARC, por ejemplo citando con referencias a autores ingleses cómo ese movimiento ha sido objeto de severos reparos, fundados en investigaciones empíricas que demuestran que, al comienzo del siglo XXI, esto es, precisamente en torno a la fecha de promulgación y puesta en vigencia de las CPR, existía una proporción cercana al 80% de la población que, a pesar de haber experimentado un diferendo jurídico civil, no había llegado a acceder a ningún mecanismo de resolución del conflicto, ni estatal ni alterno.

<sup>1081</sup> EDWARDS (1986), p. 680.

lugar al concepto, esencialmente jurisprudencial, del *“flexible due process of law”* en cuya virtud se entiende que, en algunas materias, es posible atenuar el rigor de algunas reglas del debido proceso, en pos de una simplificación estructural del procedimiento asignado, lo que generó en sectores tales como los de las reclamaciones administrativas (de la seguridad social, por ejemplo) una suerte de adversarial “a dos velocidades”, pues lo normal será que *“...en ningún caso el proceso administrativo recib(a) el principio – orden del adversary system, constituido por el dogma de la pasividad del juez”* y con ello, el dominio partisano del litigio<sup>1082</sup>.

No resulta censurable *per se*, en realidad, que porcentajes mínimos de asuntos jurídicos lleguen a ser resueltos mediante una sentencia adjudicativa tradicional (ello puede ser síntoma de un juicio adversarial maduro que provee soluciones con rapidez y eficiencia), sino sólo en la medida que ese rasgo caracterizador sea resultado de una referencia a sede extrajudicial que llegue a comprometer el aseguramiento de las garantías del debido proceso para todos los interesados y con ello, la eficacia cualitativa de la respuesta estatal<sup>1083</sup>. El uso del potencial de los rasgos positivos de los SARC, por tanto, se explicará de mejor manera asumiendo el rol que éstos juegan al interior del aparato de justicia como un todo, estableciendo medidas que privilegien el juzgamiento estatal preferente en la litigación vinculada a garantías fundamentales o de repercusiones de orden constitucional<sup>1084</sup>.

**4.1.2.-** En congruencia con la línea de razonamiento que se viene diseñando, asumiendo la validez de las premisas recién indicadas, en equilibrio con las cautelas y recaudos frente a los excesos que pueden generarse, necesariamente ha de concluirse que una parte importante del rol que se le atribuye el juez gestor de la controversia (y no necesariamente aquél que llegará a pronunciar una eventual sentencia adjudicativa) se enfoca hacia el objetivo de promover (sin llegar a asumir un papel activo en su desarrollo material) una optimización del estatuto de información del litigante, a través de mecanismos extra o prejudiciales de *discovery*, como supuesto básico de referencia a un medio alterno, de donde surge, entonces, una segunda cuestión: ¿debe priorizarse, entonces, el emplazamiento de esta función de asistencia a la litigación informada, que conforma el núcleo de la gestión judicial, antes de la propuesta (o asignación) de un determinado SARC o resulta plausible esperar que estos mismos, por su propia

---

<sup>1082</sup> TARUFFO (2008) pp. 200-201.

<sup>1083</sup> BERIZONCE (2016) p. 25: *“En el balance de los valores y principios implicados (en la armonización de la oferta pública y privada de justicia), han de prevalecer aquellos de justicia e igualdad que conforman y se expresan en el ‘núcleo duro’ de las garantías y, en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso irrestricto a la justicia”*.

<sup>1084</sup> EDWARDS (1986), p. 682.

naturaleza flexible y de salida relativamente libre, proporcionen un estándar de información mejorado como “subproducto” deseable frente a un escenario en que el inicio del juicio heterónimo resultará ya inevitable?<sup>1085</sup>.

La experiencia comparada permite ilustrar este extremo, pues la evidencia disponible ratifica que una evaluación temprana del caso, asesorada por el juez o por un tercero neutral, que puede o no pertenecer al staff del tribunal, redundará en una mejor selección de SARC por parte de los interesados, e incluso en una mejoría en la forma en que se tramitan los juicios estatales, tal y como se anunció más arriba<sup>1086</sup>.

Existe, desde luego, una convicción ampliamente extendida en el medio norteamericano que los esfuerzos por estimular una salida transaccional sencillamente no se pueden emprender sino una vez que se ha desarrollado una etapa de *discovery*, pero también es cierto que la evidencia disponible enseña que una simple evaluación temprana, asesorada por un tercero neutral que no necesariamente debe pertenecer al staff judicial, abre importantes posibilidades de éxito para una transacción temprana<sup>1087</sup> ello, insistimos, sin llegar a desarrollar por

---

<sup>1085</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 39.

<sup>1086</sup> KANE (2007) pp. 158, 159. Describiendo la reunión o audiencia pre-judicial en que, de acuerdo al esquema de las FRCP se desarrollan tanto las evaluaciones del caso como la programación del litigio, en caso de no haber prosperado la referencia a un SARC determinado, apunta esta autora a cuáles son, amén de la identidad del evaluador temprano del caso, los nudos críticos que presenta esta fase y todos ellos vinculan directamente con los puntos que se han expuesto en los capítulos precedentes, presentando una interesante síntesis de los mismos al exponer que todas estas cuestiones se relacionan con la extensión de las potestades del juez en esta instancia y que se especifican, primero, en lo apropiado (o no) que pueda ser el apremio que imponga un juez sobre las partes para optar por una determinada salida alterna, pues ello excede largamente la función de “promover” la misma; segundo, la cuestión de los poderes que se le han de acordar al juez para determinar los puntos específicos en torno a los cuales girará el litigio (dejando fuera, por tanto, materias que no serán debatidas) y, tercero, las sanciones que resultará legítimo aplicar a la parte renuente de participar en la audiencia o de dar cumplimiento a las disposiciones en ella adoptadas, principalmente relativas a la revelación de evidencia, describiéndose como sanción extrema, en este caso, la concesión de la pretensión en rebeldía del reticente “...*aún cuando se trata de una sanción tan poderosa que, en la práctica, su uso se restringe estrictamente a situaciones en las cuales la parte ha manifestado una actitud manifiestamente dilatoria. Habitualmente, esto último significará que la parte no solo no compareció a las audiencias, sino que retardó el curso del proceso. Una sanción más frecuente será limitar la prueba a ser utilizada en juicio a aquella que se ha exhibido en la audiencia a partir del requerimiento formal del tribunal...*”, requerimiento que seguirá al fracaso de las peticiones de *discovery*. Un rol cuidadosamente mesurado del juez en esta fase es, por tanto, crucial.

<sup>1087</sup> SHREVE ET AL (1994) pp. 372-373. Se sostiene en este contexto que es precisamente la *pre-trial conference* el medio en el que florece el efecto del intercambio temprano de información relevante característico del proceso de *discovery* en forma de acuerdos transaccionales de la más variada índole, llegando al punto de plantearse la cuestión de si la judicatura, en dominio de tales antecedentes, puede efectivamente derivar el asunto, aún en contra del parecer de los abogados, a una instancia de resolución intermedia no vinculante, como el *summary jury trial*, juicio oral resumido que se desarrolla ante un jurado reducido, en un formato extractado, con la finalidad de

completo un programa de *discovery*, muchas veces cuestionado por su costo tanto económico como de dilación temporal<sup>1088 1089</sup>. No se debe dejar de considerar, por cierto, que persiste una cuestión relativa a la asignación de recursos materiales pendiente de resolver que, indudablemente, afecta también a la fase de intercambio de información, a lo que ha de agregarse que resulta preciso, además, dilucidar de si esta evaluación puede entrañar a un riesgo a la imparcialidad u objetividad del juzgamiento posterior, extremos que es necesario afrontar si se adopta un partido consecuente con las premisas anunciadas al comienzo de este párrafo, teniendo presente que si se viene de invocar el mérito de la evaluación neutral temprana en las líneas que preceden, ello ha sido solo por vía ejemplar, ilustrando estas nociones a través de un mecanismo de probado éxito en el medio angloamericano<sup>1090</sup>.

**4.1.3.-** Se llevan esbozadas, hasta acá, nociones ligadas a las diversas vías que permiten abordar las instituciones cuyo análisis se propone, en torno a las cuales, se sostiene, la experiencia comparada angloamericana ofrece una valiosísima experiencia que se materializa en la oferta de una justicia “multipuertas”, estrechamente enlazada con la promoción de un amplio estatuto de información

---

evaluar las posibilidades de éxito de una u otra defensa. Si bien no se ha alcanzado consenso en torno a este particular, sí resulta indiscutido que es en esta fase en la que se debe emplazar la eventual referencia judicial a sede alterna, motivo por el cual, por lo demás, se indica que la norma que, en 1983, vino a reglamentarla a través de la reformulación de la regla 16 de las FRCP ha sido ampliamente adoptada por las legislaturas estatales para sus propios procedimientos.

<sup>1088</sup> La información disponible demuestra, además, que en estos programas de evaluación temprana, la participación directa de las partes, asistidas por sus abogados, ayuda de manera importante para alcanzar una solución rápida y efectiva, y este punto, la de asistencia personal de las partes ha sido, por lo mismo, uno de los más intensamente debatidos en el contexto de la *pre-trial conference*: “La primera cuestión (discutida en el marco de la introducción de reformas a la regla 16) consiste en resolver si un juez federal puede ordenar a una parte representada su comparecencia personal a una audiencia prejudicial. Aún cuando la regla primitiva sólo obligaba al abogado que asistiría al juicio o a la parte que no contaba con abogado a asistir a la audiencia final, un fallo dividido del Pleno de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito decidió en *G. Heileman Brewing Co., Inc. v. Joseph Oat Corp.*, que un tribunal federal tenía la autoridad inmanente para obligar a una parte representada a asistir personalmente a la audiencia prejudicial a fin de promover el acuerdo transaccional.” SHREVE ET AL (1994) p. 372.

<sup>1089</sup> Ello a pesar que la evaluación del foro demuestra que el *discovery* en los Estados Unidos funciona regularmente de manera exitosa en todos los casos de litigación rutinaria en que se verifica este proceso y los rasgos de extrema onerosidad o recarga excesiva en las funciones del litigante se verifican sólo en aquellos caso en que el uso intensivo y extendido de la institución hace más factible que alguna de las partes incurra en prácticas que deriven en lo que se denomina “discovery abusivo”: SUBRIN (2002) p. 300.

<sup>1090</sup> La evaluación neutral temprana (ENE) ha sido desarrollado con especial éxito en el medio de los tribunales federales estadounidenses, originando una muy relevante masa crítica de expertos en las más diversas áreas del derecho, dentro de cuyos paneles forman parte principal jueces retirados y litigantes que obran no sólo como *amicus curiae* sino que conformando nóminas especializadas. Su uso se ha intensificado en las últimas décadas con el consenso general de aprobación de los operadores forenses: EDWARDS (1986) p. 673.

del litigante, al extremo de sostenerse que el proceso de entrega de información, voluntario o no, tiene como uno de sus objetivos principales, el de mejorar la calidad y oportunidad del acuerdo transaccional<sup>1091</sup>, propuestas promovidas e incentivadas, aún con rasgos de obligatoriedad, desde la instancia judicial estatal heterónoma, en tanto que el estatuto inglés de las CPR expresamente declara que ese (incentivo de adopción de una decisión informada de desplazar en diferendo a sede dispositiva) es uno de los principales puntales que estructuran el estatuto obligacional del juez<sup>1092</sup>.

Con todo, un análisis en profundidad sobre la forma en que se desarrollaron las institucionalidades en comento, obliga a volver a uno de los puntos cruciales anunciados con anterioridad para consignar que, cualquiera que sea la forma que se prefiera para abordar el análisis propuesto, éste quedaría irremisiblemente baldado de no examinarse, en paralelo, la siempre conflictiva cuestión del financiamiento de este tipo de programas, asunto hasta el día de hoy poco pacífico tanto en los medios estadounidense<sup>1093</sup> e inglés<sup>1094</sup>, a pesar de haber desarrollado éstos, este género de programas por largo tiempo ya lo que demuestra la gravedad, actualidad y contingencia de la cuestión, también detectada por nuestros doctrinantes, al advertir sobre la tentación de cifrar en la promoción de los SARC una salida para la siempre acuciante cuestión presupuestaria<sup>1095</sup>.

Una adecuada presentación de la cuestión relativa a los recursos impone la necesidad de recordar que, en suma, se promueve fijar la atención de manera prioritaria en la forma en que se compatibiliza una oferta de justicia que contemple salidas múltiples y de información pertinente y oportuna para el interesado (y eventual litigante), con una intervención activa de la instancia judicial estatal, modulada por las necesidades que aquellos presenten a la hora de resolver el conflicto jurídicamente relevante. Decimos que es imprescindible subrayar el punto anterior pues, llevado el mismo a la cuestión relativa al financiamiento, necesariamente el punto a dilucidar revierte en la cuestión relativa a la procedencia, o no, de la inversión de fondos públicos en la promoción de este tipo de programas o, más acotado aún, los bemoles que presentaría un eventual compromiso de los recursos asignados a la institucionalidad judicial, en pos de la promoción de este tipo de programas o no, radicando en cambio los costos, en este último caso, en los propios interesados, mediante el siempre polémico

---

<sup>1091</sup> BONE (2013), p. 299.

<sup>1092</sup> ANDREWS (2013), p. 32.

<sup>1093</sup> HAZARD ET AL (2006), pp. 234, 235.

<sup>1094</sup> ANDREWS (2013), p. 267.

<sup>1095</sup> PALOMO (2016), pp. 278-279.

mecanismo de la imposición de tasas judiciales<sup>1096</sup> u otro mecanismo de la especie.

Resulta en extremo relevante, decimos, revisar el punto en análisis a la hora de centrar el estudio en el modelo de juez gestor del litigio, pero no tan sólo por el costo incrementado para la sede estatal que ese proceso pueda implicar, sino que abriendo el examen a la consideración relativa a las repercusiones financieras que la litigación, en sede estatal o de SARC, pueda imponer a las partes, particularmente aquellas más débiles económicamente. Es éste precisamente uno de los extremos más complejos pero, a la vez, imprescindibles de analizar, a la hora de adoptar una determinación de la clase que se le impone al encargado de la gestión, tanto es así que, como hemos tenido oportunidad de examinar, se consagra expresamente como uno de los puntos prevalentes del *overriding objective* en las CPR inglesas<sup>1097</sup>, y se encuentra contemplado, también, en las FRCP<sup>1098</sup>, dentro de las obligaciones que se le imponen al juez gestor en la *pretrial conference*, sin perjuicio de que ello importe, a la postre, revertir estos costos sobre la parte que infundadamente obstaculiza esta función<sup>1099</sup>, norma objeto de cuestionamientos vinculados al apremio que ello impondría sobre la parte reticente<sup>1100</sup>.

Las motivaciones que aconsejan promover el financiamiento público de este género de programas en el medio angloamericano no son, en realidad, muy diversas de aquellas que podrían revelarse en el medio nacional. La primera de ellas, se vincula con el aseguramiento de un acceso igualitario a los medios que la institucionalidad, en general, ofrece para la solución de los conflictos<sup>1101</sup>; aún cuando puede parecer apropiado resolver precisamente lo contrario, esto es, que puesto en un medio alterno, el riesgo de predominio de la parte poderosa económica o políticamente sobre la más desmedrada, se incrementa<sup>1102</sup>. La segunda motivación, a su turno, se relaciona con el resguardo de un estándar funcional a la garantía a un justo y racional procedimiento<sup>1103</sup>, en tanto que la tercera, pone el acento en preservar una plataforma del sector justicia del aparato

---

<sup>1096</sup> NÚÑEZ Y CARRASCO (2015), p. 596.

<sup>1097</sup> CPR Regla 1.1 (b).

<sup>1098</sup> FRCP Regla 16 (a) (3).

<sup>1099</sup> FRCP Regla 68 (d).

<sup>1100</sup> Reparos que datan incluso desde la modificación de las reglas vinculadas a la imposición de costos reales de litigación como sanción procesal: FISS (1984), p. 1074.

<sup>1101</sup> DAMASKA (2000), p. 188.

<sup>1102</sup> RESNIK (2000), p. 1000.

<sup>1103</sup> TARUFFO (2008), p. 55: “*Del resultado de estas estrategias, y de las condiciones concretas en que las partes se encuentren respectivamente cuando el proceso empiece, depende no solo la respuesta al problema general de los ciudadanos frente a la ley, sino también el acceso a la tutela jurisdiccional, y sobre todo, que el proceso adversary funcione iuxta propria principia sin que por esto se convierta en un mecanismo de procedural injustice*”.

público lo más amplia posible, solventando de ello el siempre presente conflicto relativo a las barreras económicas de acceso que se vienen de referir<sup>1104</sup>.

Para llegar a definir las razones que se vienen de esbozar, se asume, como un necesario punto de partida, que la función primordial de la instancia judicial consiste en asistir a los interesados en la resolución del conflicto jurídicamente relevante<sup>1105</sup> y, en esto radica buena parte de la clave de la gestión judicial, que dicha función se sirve también, precisamente, mediante la oferta de una amplia gama de SARC, algunos de ellos emplazados incluso dentro del propio aparato judicial<sup>1106</sup>. No con poca justificación se ha afirmado que, en el medio estadounidense: *“Hasta que un caso ingresa al sistema, es problema de las partes. Una vez que ingresa a él, es un problema público”*<sup>1107</sup> y ello por sí solo justifica la inversión de recursos públicos destinados a financiar este tipo de programas. La adopción de esta determinación, si bien atenuada por el clásico empirismo pragmático angloamericano, no deja de tener una profunda relevancia, pues si se entiende, en definitiva, que el rol constitucional de la institucionalidad judicial se sirve, también, mediante la asignación de un SARC a un caso determinado, debe concluirse, en pos de la congruencia que una decisión de esta envergadura, supone, que el gestor del SARC mismo merece, por tanto, los mismos privilegios e inmunidades que el juez y que sólo una consideración de superioridad “moral” del juzgamiento por sobre el acuerdo transaccional lograría posponer a éste en relación con aquél y explicar un estatuto privilegiado del juez sobre, por ejemplo, el mediador<sup>1108</sup>.

---

<sup>1104</sup> La muy particular estructura del aparato judicial estadounidense impera, también, en la forma en que se enfrenta este permanente conflicto. El estatuto que reglamenta el otorgamiento de apoyo legal a las partes económicamente más débiles es diverso entre los Estados y también respecto de la Administración Federal de Justicia, aún cuando el reparo relativo a la cobertura parece ser prevalente: HAZARD ET AL (2006), p. 114. En el medio inglés, en tanto, la consideración económica es de una relevancia tal que se le señala como la principal barrera al aparato estatal de justicia, al extremo que, como se ha tenido oportunidad de expresar con anterioridad, sus reglas procesales se han enfocado precisamente a fin que la judicatura estatal no pierda de vista este importantísimo factor: DE PRADA ET AL (2014), p. 55.

<sup>1105</sup> Este aserto importa, además, dar por superada la disquisición entre los así llamados sectores verifílicos y verifóbicos de la dogmática, optándose por una óptica manifiestamente inclinada a favor de la concepción de la justicia, civil al menos, como el aparato público destinado a la resolución del conflicto jurídicamente relevante, aparato al cual se le extrae de la posición eminentemente pasiva que le caracterizó por largo tiempo, para situarlo como actor principal en la promoción de la gestión del litigio, aunque muchos de los medios que se ofrezcan en este sentido, importen necesariamente marginar a los tribunales del ejercicio de facultades oficiosas de averiguación del trasfondo fáctico del diferendo. La muy marcada tendencia a privilegiar las salidas pragmáticas que caracteriza uniformemente a los medios angloamericanos llevarán a concluir que no existe, en realidad, sorpresa en estos asertos: CHASE (2011), p. 68.

<sup>1106</sup> CHERNICK (2004), p. 194.

<sup>1107</sup> STIENSTRA ET AL (1995), p. 43.

<sup>1108</sup> RESNIK (2000), p. 1002.

Este es, de acuerdo con los documentos disponibles hasta hoy, además, el partido que vienen de anunciar nuestros reformadores, tanto en sede administrativa como judicial, tal y como se recordó en acápites precedentes y deberá presidir, pues, las reflexiones que ocupen nuestro capítulo final.

Coexiste, en paralelo con los motivos que se llevan enunciados, una primordial justificación del financiamiento orientada, esta vez, al aseguramiento de la calidad de la respuesta que el sistema judicial ofrece al interesado. Asumido que ha sido, por los motivos ya explicitados, que la función judicial se satisface, también, mediante una oferta abierta, múltiple, de justicia promovida y supervisada (en los términos en que se refirió anteriormente este último concepto) desde la sede judicial, se verá inevitablemente involucrada en ese proceso la responsabilidad del aparato estatal de asegurar un estándar de calidad de los medios que se ofrecen como alternativos al juicio adjudicativo tradicional, que se presenta como desafío constante de los sistemas alternos<sup>1109</sup>. En la medida que el medio alternativo radique al interior del propio aparato judicial como una forma simplificada (o sumaria) de adjudicación en sede estatal<sup>1110</sup>, parecería ser más o menos sencillo mantener un control cualitativo análogo al que aplica al tribunal en la función jurisdiccional que se despliega mediante la dictación de una sentencia adjudicativa tradicional. Es, sin embargo, cuando se opta por un medio alternativo independiente del todo, separado y autónomo del tribunal estatal, que la cuestión relativa al control de la calidad de la oferta propuesta surge con más vigor, pues en la promoción o asignación del medio en comento también va involucrada la responsabilidad del aparato público de garantizar un estándar cualitativo consonante con los derechos en juego<sup>1111</sup> y, desde luego, una forma relativamente sencilla de velar por la preservación de un determinado estándar cualitativo, consiste en garantizar un financiamiento mínimo de quienes tendrán a su cargo, en definitiva, llevar adelante el desarrollo de aquellos, bien en forma de adjudicadores, bien de facilitadores de negociación o mediadores<sup>1112</sup>, concesión que, por demás, debe necesariamente asociarse a una preocupación permanente por privilegiar una formación de calidad

---

<sup>1109</sup> FISS (1984), p. 1087.

<sup>1110</sup> Que también es susceptible de ser englobado bajo el concepto de ADR, como ocurre, por ejemplo, con el *summary jury trial*: CHASE (2011), p. 134, aún cuando su definición más estricta descarta aquellos en que exista la decisión de un adjudicador estatal.

<sup>1111</sup> EDWARDS (1986), pp. 683-684.

<sup>1112</sup> RESNIK (2003), pp. 186-187, apuntando a que, en esta lógica, el SARC deja de ser “extrajudicial” y para derechamente a formar parte del aparato de justicia como un todo, trayendo como consecuencia, además, una redefinición de los objetivos de la etapa formativa del juez: “A través de cambios de regulación, capacitación y programas formativos, la definición del “buen juez” se transforma en la del juez enfocado en obtener soluciones de orden transaccional con la menor inversión temporal y de recursos posible. Lo que es judicial, o enjuiciable, ya no se equipara a la adjudicación, a un proceso público o a una deliberación racional”. El adjetivo “extrajudicial” para referirse a los SARC se abandonó en la reforma de 1993 a las FRCP.

que sea las que les permita su entrada y permanencia en el circuito<sup>1113</sup> que, a pesar de su relevancia, no ha estado permanentemente presente en el medio continental a pesar de la relevancia que reclama<sup>1114</sup>.

Desde otra perspectiva, es posible reparar en que el interesado que lleva un determinado asunto a la sede judicial estatal tradicional, cuenta con ciertas protecciones o resguardos que tienen por objeto asegurar la calidad de la respuesta que ofrecerá el tribunal público, traducido principal, pero no únicamente, en el estatuto recursivo<sup>1115</sup> y en el control deontológico que el afectado puede reclamar del superior jerárquico y que contribuirán en definitiva a la legitimación que el proceso imprime al derecho ventilado ante él<sup>1116</sup> (estatuto que en el medio imperado por las reglas del *common law* reciben una lectura algo distinta, a la luz de la ya analizada concepción paritaria, horizontal, del aparato judicial<sup>1117</sup> que, sin embargo, no llega a posponer el rol de control y, particularmente, de unificación de criterios jurídicos<sup>1118</sup>). Ahora bien, dado que se ha sostenido que el aparato de resolución de conflictos también desarrolla su función mediante la asignación de medios alternativos en el contexto de la oferta policéntrica de justicia que, en definitiva, forma parte de una misma institucionalidad, no parece legítimo ni razonable privar al afectado, de todo ese conjunto de salvaguardas, traducidos en el control de estándar del tercero encargado, o la evaluación de desarrollo del medio asignado, por el sólo hecho de haber optado o incluso por haberse visto sometido a la asignación de uno de tales medios<sup>1119</sup>. Antes bien: el hecho de haber asignado el asunto planteado por el interesado a un tercero ajeno encargado de materializar el desarrollo de un SARC, obligará a garantizar que éste observe ciertos mínimos cualitativos que pasan nuevamente, en buena medida, por contar con un financiamiento estable que asegure tanto acceso como adecuada formación del encargado<sup>1120</sup>.

Este especial estándar de protección del interviniente, que se ve materializado de manera muy relevante en la concesión de un financiamiento de base pública que permita asegurar un estándar cualitativo dado, alcanza a la totalidad de las fases prejudiciales en que radica, principalmente, la oferta multi – puertas, que convierte al tribunal estatal en un centro de asignación de recursos para solución de

---

<sup>1113</sup> CHERNICK (2004), p. 190.

<sup>1114</sup> NIEVA (2016), p. 273.

<sup>1115</sup> DAMASKA (2000), pp. 86-89.

<sup>1116</sup> PÉREZ ET AL (2006), p. 171.

<sup>1117</sup> DAMASKA (2000), pp. 39, 48.

<sup>1118</sup> GONZÁLEZ ET AL (2006), p. 384.

<sup>1119</sup> STIENSTRA ET AL (1995), p. 44.

<sup>1120</sup> EDWARDS (1986), p. 683.

controversias<sup>1121</sup> y, con ello, cubre además las instancias de entrega de información al litigante. Dado que el establecimiento de medios que garanticen una entrega oportuna de información pertinente se encuentra íntimamente vinculada a la oferta amplia de justicia, al poner al interesado en un pie optimizado para adoptar una decisión informada a este respecto, en cabal conocimiento de las fortalezas y debilidades que presenta su defensa<sup>1122</sup>, resulta por completo lógico entender que el financiamiento que se predique respecto de los medios alternativos debe alcanzar también al desarrollo de aquellas instancias, solventando así en buena medida uno de los principales reparos que, a este respecto, se formulan en el medio comparado<sup>1123</sup> al afectar a la parte más débil de la controversia.

Finalmente, la superación de los puntos críticos que se desarrollaron en las secciones precedentes que permitan la concesión de un financiamiento público a los programas en estudio, que contemplen una promoción intrajudicial efectiva de los estatutos que se vienen de analizar permitirá, además, ofrecer una plataforma amplia y flexible para el desarrollo de la función estatal de resolución de conflictos jurídicamente relevantes aún cuando ello no importe, necesariamente, el involucramiento directo del tribunal estatal en la resolución del diferendo. Por contraste, de no optarse por dicha alternativa y, por lo tanto, preservar una oferta SARC confinada estrictamente al ámbito privado, también en lo tocante a su financiamiento, puede representar una forma de privilegiar los beneficios que representa para decidir aquellas cuestiones en que no exista una consideración de interés público prevalente que resguardar<sup>1124</sup>, pero importará, también, afrontar ciertos costos, pues conducirá ello a conformar un sistema de justicia completamente privado, paralelo al estatal tradicional, lo que entraña a su vez la eventualidad de mantener ciertas áreas del derecho (hasta acá, paradigmáticamente las corporativas y comerciales) del todo ajenas a las potestades jurídicas asignadas a la instancia judicial estatal en su rol de resolución

---

<sup>1121</sup> TRAUM ET AL (2017), p. 686. El acuñamiento del concepto de tribunal u oferta de justicia multi-puertas, suele atribuírsele a Frank Sander, uno de los promotores de las Conferencias Pound de 1976 y padre del moderno movimiento SARC en los Estados Unidos, aunque en realidad parece ser que su génesis fue bastante más modesta: “(...) no fue el mismo Sander quien acuñó la expresión “tribunal multi-puertas” que ha adquirido tanta fama en el área. Él mismo ha recordado que la fuente fue la publicación de la ABA (American Bar Association, Federación de Colegios de Abogados de los EEUU) que dio cobertura a su ponencia: ‘En la cubierta (del reporte ABA) figuraba un conjunto de puertas y ellos lo llamaron el tribunal multi-puertas. Yo le había dado un nombre mucho más académico, el ‘centro comprensivo de justicia’ pero es habitual que la manera como etiquetas una idea dependa en buena medida en la diseminación y popularidad de la idea. Estoy, por lo tanto, en deuda con el ABA por haber concebido este nombre tan atractivo (...)”.

<sup>1122</sup> BONE (2013) p. 299.

<sup>1123</sup> BONE (2013) p. 310.

<sup>1124</sup> EDWARDS (1986) p. 676.

de diferendos y renunciar al desarrollo de una importante fuente de derecho a través de la jurisprudencia de los tribunales estatales<sup>1125</sup>, fenómeno éste que si bien no se ha considerado en toda su envergadura en nuestro medio, es necesario ponderar en su justa proporción, en la medida que se adopte la decisión de desestimar, del todo, el eventual financiamiento público de los programas antes enunciados. A este respecto será de utilidad recordar que, también en el medio estadounidense, se ha sostenido que la función de la judicatura no puede renunciar a conocer de ciertas materias que, por su extendido interés público merecen, en su resolución, ser además origen de la creación de derecho que sólo se verifica como producto del ejercicio de la jurisdicción por el ente estatal<sup>1126</sup>.

**4.1.4.-** Ocurre sin embargo que, en paralelo a lo que se viene de indicar, es posible sostener, y así ocurre en el medio comparado, la validez de un extremo opuesto al recién reseñado, y de esta manera, soslayando, eso sí, los bemoles recién enunciados en uno y otro sentido (consustancial, por demás, a una adopción de partido en una materia tan relevante como ésta), se afirma, desde esa óptica, que un eventual financiamiento público y con ello el incentivo a una gestión judicial amplia, puede llegar a suponer una indeseable rigidización y burocratización de los SARC<sup>1127</sup>, por completo ajenas a su naturaleza flexible, al tiempo que conduciría a una inevitable paternalización estatal en la resolución del conflicto (no muy diversa de la situación que se puede observar hoy en nuestro medio), sin dejar de considerar la filtración de recursos públicos, distraídos del destino que debe primariamente observar: el financiamiento del juicio estatal adjudicativo tradicional<sup>1128</sup>. Reconduciendo estos reparos a la forma en que se reflejan en un tipo de SARC, se ha sostenido que: *“Los tribunales ADR privados reconocen un cierto número de características que las partes consideran de suyo importantes pero que no pueden replicarse en su integridad en los programas de arbitraje anexos al tribunal (court-annexed arbitration). Estos rasgos incluyen la confidencialidad, la informalidad, la celeridad, la conclusividad, el derecho a seleccionar un responsable de analizar los hechos que goce de experiencia o conocimiento especializado en una materia determinada y, en el arbitraje vinculado a ciertas áreas de la industria, la capacidad de especificar el derecho sustantivo que servirá como regla decisoria litis, sumado todo ello a la evitación de costos excesivos”*<sup>1129</sup>.

---

<sup>1125</sup> EDWARDS (1986) p. 680.

<sup>1126</sup> EDWARDS (1986) p. 672.

<sup>1127</sup> Efectos descritos al inicio del movimiento SARC en los Estados Unidos de comienzos de los años '80 del siglo pasado: RESNIK (1982) p. 440.

<sup>1128</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 47.

<sup>1129</sup> BERNSTEIN (1993) p. 2239.

El principal reparo que gravita sobre la concesión de financiamiento público a la financiación de programas de gestión judicial del género analizado puede sintetizarse, en definitiva, en el riesgo de rigidizar y burocratizar los SARC, extrayendo de ellos la lógica de mercado que les particulariza en buena medida<sup>1130</sup>, mismo rasgo que ayuda a flexibilizar y agilizar la respuesta que ellos ofrecen al diferendo jurídico, fenómeno éste que se ha ido haciendo progresivamente más patente y característico hasta nuestros días, especialmente en el medio estadounidense<sup>1131</sup>. Alienta este reparo, además, el crecido número de funciones que habrían de asumir los tribunales estatales para desarrollar apropiadamente la función que se propone asignarles, lo que necesariamente importaría, nuevamente, la promoción de una burocratización ajena a la naturaleza que se predica (y se espera) de los SARC<sup>1132</sup> y que, sin embargo, la sede judicial estatal estadounidense promueve con particular vigor<sup>1133</sup>, emprendido un derrotero que ha llevado a concluir que ha sido el propio lobby político judicial federal (reunido en torno a la *Judicial Conference*, órgano de gobierno judicial norteamericano generado por este último) el que ha presidido la promoción de su ocaso ante los medios alternos<sup>1134</sup> y que, en congruencia con lo que hemos expuesto con precedencia, no es otra cosa que la reacción del propio juicio adversarial que busca prevalecer en un medio que le resulta particularmente hostil<sup>1135</sup>, lo que tiene un costo relevante representado en las dificultades que

---

<sup>1130</sup> CHERNICK (2004) p. 189

<sup>1131</sup> TRAUM ET AL (2017) p. 693.

<sup>1132</sup> Sólo por vía ejemplar, se han singularizado como obligaciones a asumir por la instancia judicial la selección de los responsables de llevar a cabo los ADR, su capacitación, la supervisión del nombramiento de los mismos, así como para garantizar un estándar de imparcialidad y experticia, dirigir el proceso de asignación de ADRs, amparar a las partes mediante un mecanismo que les resguarde de presiones indebidas para aceptar (o no) un determinado ADR, controlar la conducta de los abogados en el curso de este proceso y desarrollar, por último, programas destinados a evaluar el resultado final de la derivación de casos a este mecanismo de solución del diferendo: STIENSTRA ET AL (1995) p. 46.

<sup>1133</sup> RESNIK (2000) p. 930.

<sup>1134</sup> RESNIK (1993) p. 192.

<sup>1135</sup> GROSS (1987) pp. 752-753. Sostiene este importante autor, defensor de la “ineficiencia” del juicio adversarial estadounidense, que este fenómeno crea lo que denomina la “zona de inmunidad”: *una esfera de acciones que, dada su naturaleza o magnitud no aconsejan, por motivos prácticos, la intervención del aparato público (...)* Una consecuencia principal de la ineficiencia de un sistema de enjuiciamiento consiste en el incremento del rango de conductas que se encuentra, de manera concreta, más allá del control legal formal (...). Poner al tribunal fuera del alcance de grupos completos de casos no parece ser, a primera vista, una virtud procesal; al contrario, habitualmente se le indica como uno de los principales vicios de nuestro sistema. Pero también tiene sus beneficios. La intervención coercitiva del Estado sobre la conducta privada es una cura extrema y disruptiva; si el problema es pequeño, puede ser peor que la enfermedad. Si hacemos que la medicina legal sea cara e intragable, reduce el peligro que sea sobre utilizada. El valor que asignemos a esta función disuasiva (del proceso) se encuentra en proporción directa al valor que le asignemos a la autonomía individual y a la privacidad, que en nuestra sociedad son tenidas en alta

enfrenta el juez angloamericano en el desarrollo cotidiano de su función tradicional<sup>1136</sup>.

No resulta difícil, tampoco, constatar que al reparo que viene de plantearse debe agregarse el hecho que la inversión de fondos públicos en un programa de gestión judicial del conflicto que involucre las herramientas o instituciones que hemos identificado, debe salvar un complejo proceso, consistente en el desafío de conciliar la privilegiada privacidad de que deben gozar los SARC y que se define como una de sus principales ventajas frente al juicio estatal<sup>1137</sup>, por una parte, con la transparencia o *accountability* que impera la inversión de fondos públicos, por otra<sup>1138</sup>. Aún cuando volveremos sobre este preciso particular al tratar de las potestades que los procesos de reforma entregan al juez estatal, es preciso advertir desde ya que, enfrentados a este complejo dilema, es posible reparar que, ante la asignación de un SARC por parte del tribunal estatal, las partes no pueden sino aceptar un estándar de transparencia pública análogo al que se observa respecto al litigio tradicional, especialmente si se considera que, las más de las veces, si aquellas concurren a la instancia pública, lo fue por cuanto estaban dispuestos a sujetarse, entre otros, a esos estándares, aún cuando no se los hayan representado a la hora de recurrir al tribunal estatal, extremo éste de difícil ocurrencia, a lo menos en un medio como el estadounidense<sup>1139</sup>, en que la norma es la amplia publicidad de sus juicios estatales, entendido como una expresión del control democrático sobre el ejercicio del poder estatal<sup>1140</sup>.

En suma, la clave radicará en una evaluación desapasionada y equitativa de los bemoles que presenta la decisión, de profunda significación política, por cierto (mas no ideológica, desde luego) de vertebrar mecanismos destinados a regular un financiamiento público destinado a la promoción, desde el aparato judicial estatal gestor del litigio, de los programas de promoción de SARC y de revelación de evidencia pertinente asociada, decisión que necesariamente impone sopesar el rol tradicional adjudicativo de los tribunales y la forma en que éste se puede ver afectado por la atención de las necesidades que dichos programas imponen pues,

---

*estima*". Con escasos matices, el autor en cita ha mantenido su posición a lo largo de los años: GROSS (1996) p. 64.

<sup>1136</sup> Factor que ha sido considerado como una ventaja de los proceso continentales sobre los angloamericanos: WEIS (1992) p. 1.389.

<sup>1137</sup> Con cita a MENKEL-MEADOW: CHASE (2011) p. 150.

<sup>1138</sup> RESNIK (1982) p. 414-415. Separados por una enorme distancia física y por décadas de evolución, la preocupación prevalente vinculada al control de los costos generados por la litigación y sus instituciones permanece presente aún en el centro del debate en los medios imperados por el *common law*: ZUCKERMAN (2009) p. 53, en torno a la reforma procesal civil en Hong Kong, modelada tras la reforma a las CPR inglesas.

<sup>1139</sup> MULLERAT (2002) pp. 53-54.

<sup>1140</sup> KERN (2013) p. 320.

como se dijo, al asumirse que a través de éstos el tribunal está, también, cumpliendo su función como resolutor del diferendo jurídicamente relevante por medio de otras vías, no puede sino concluirse que el financiamiento de aquellos forma derechamente parte de la provisión regular de recursos públicos que la instancia jurisdiccional legítimamente reclama para sí, particularmente al emprender un proceso de reformas de la envergadura y profundidad que se anuncia en nuestro medio<sup>1141</sup>.

Recapitulando lo que se lleva dicho, en apretada síntesis, consignaremos por fin que la naturaleza eminentemente privada de los SARC, que a la luz de lo expuesto no implica marginarlos del sistema general de resolución de conflictos ni de la posibilidad de ser objeto de financiamiento público; el ponderado equilibrio entre el beneficio que éstos prestan a las partes, contrastado con el que efecto que tendrán, o más bien, dejarán de representar para el ordenamiento jurídico como un todo, al masificar un abandono de la justicia estatal; la evidente posibilidad que su promoción intrajudicial termine, en definitiva, representando una manera de entregar una justicia de segunda clase a quienes conduzcan diferendos que por motivos de variada índole, pero casi siempre económicos, se terminen marginando, ya casi institucionalmente, del aparato judicial mediante referencias obligatorias al sistema administrativo por sobre su radicación al interior del aparato estatal de adjudicación; la amenaza que ello representa de minar una de las bases fundacionales del aparato SARC, traducida en una optimización del acceso universal a la justicia conforman, todas ellas, un complejo universo de consideraciones que se espera que el juez gestor del litigio tenga particularmente presente al llevar a cabo la nueva función que se le encarga, tan crucial y delicada como lo es la que tradicionalmente se le ha asignado desarrollar a través de la dictación de la sentencia adjudicativa tradicional. Resulta fundamental recordar que de la adecuada modulación de asuntos que ingresan al aparato judicial estatal, entendiendo por tal aquella que privilegia, en todo caso, la componente cualitativa de la salida que se pone a disposición del interesado y, si ello así lo demanda, su libre retorno al sistema judicial público, dependerá, en buena medida, la propia supervivencia del proceso adjudicativo que se desarrolla en su interior.

**4.1.5.-** Asumidos los puntos anteriormente analizados, en conjunto con la institucionalidad del juez gestor del litigio como último componente de la tríada de herramientas diseñadas para apoyar y preservar el vigor del juicio contradictorio, adversarial y principalmente partisano, se presentará, finalmente, la cuestión relacionada con la obligatoriedad o libre adhesión a los programas SARC de asignación judicial, ello en el entendido, insistiremos a riesgo de agotar la

---

<sup>1141</sup> PALOMO (2016) pp. 278-279.

paciencia del lector, que a los afectados se les haya franqueado el acceso a un estatuto de información que les permita adoptar esta fundamental decisión en cabal conocimiento de las repercusiones que ello pueda representar.

Los índices comparados disponibles de adhesión y prosecución exitosa de SARC generados a partir de la promoción y asignación de la sede jurisdiccional estatal, parecen demostrar, a lo menos para un criterio continental de escasa difusión de este género de programas, que es en el modelo *opt-out* en el que se verifica un mayor número de asuntos que, efectivamente, termina por decantarse por el medio alternativo ofrecido como solución al conflicto planteado, esto es, en aquellos programas en que las partes obligatoriamente deben asistir a una o más sesiones del SARC asignado por el tribunal (en el evento que, efectivamente, se haya asignado materializado la referencia a alguno) y sólo una vez constatado el fracaso de éste, o manifestada en ese contexto (de la salida no exitosa) la voluntad de las partes de dejar el programa se da inicio, o se retorna, al juicio estatal adjudicativo tradicional<sup>1142</sup>, en el supuesto que ello no imponga, salvo casos extremos debidamente evaluados en un contradictorio, costos relevantes a la parte reticente.

Es en el contexto de estos modelos de referencia obligatoria que se ha de analizar con detención la potencialidad que representan de afectar, de una manera profunda y concreta, el derecho a juicio público de los interesados e incluso implicar un desmedro al derecho al procedimiento y juicio racionales y justos, por el hecho de interponerse entre el interesado y el tribunal estatal, obligatoriamente, un determinado SARC, cuestión ésta no del todo tratada en nuestro medio, ello a pesar de no resultarnos del todo ajenos mecanismos de este género en uso (principalmente la mediación en salud o en justicia de familia), sin que ello haya importado un debate extendido en torno al particular<sup>1143 1144</sup>, como no sea el

---

<sup>1142</sup> Para el medio inglés: GENN ET AL (2007) pp. 24, 196. Para el medio estadounidense: STIENSTRA ET AL (1995) pp. 56-57. Aún cuando las cifras que se ofrecen pueden ser interpretadas, también, como poco concluyentes, sí presentan la particularidad de coincidir con los escasos datos empíricos que se disponen del medio nacional, a lo que se volverá en el capítulo siguiente.

<sup>1143</sup> DELGADO (2016) p. 249.

<sup>1144</sup> En los EEUU, siguiendo el pragmatismo empírico que impera sus estatutos, la judicatura progresivamente ha sostenido la legitimidad constitucional de este tipo de programas, reiterada tanto a nivel estatal como federal en los más diversos tipos de materias: *“En los años ’80 (del siglo pasado), la Corte Suprema puso en vigencia amplios espacios de autoridad a favor de agencias (de SARC) y del arbitraje, revocando jurisprudencia precedente y concediendo fuerza coercitiva a cláusulas compromisorias, aún cuando se encuentren en juego derechos legalizados de rango federal. En lugar de objetar la informalidad del arbitraje, los jueces alaban ahora su flexibilidad. Más importante aún, sostuvieron los jueces además que el arbitraje es similar al proceso adjudicativo y que ahora se ha reconfigurado en una más de las varias técnicas apropiadas para la resolución de disputas. En términos más generales, los jueces y abogados celebran la resolución de conflictos basada en la negociación entre partes, partiendo de la base que éstas poseen toda la información necesaria y que pueden a un costo menor, alcanzar soluciones apropiadas (a su*

simple reparo radicado más bien en un apego a modelos más tradicionales, como se analizará en el capítulo siguiente.

Corresponde observar, en todo caso, que en el medio comparado, particularmente estadounidense, se ha sostenido que aún cuando los mecanismos SARC promovidos a partir del tribunal público se sirven de mejor forma mediante el modelo *opt-out*, ya descrito, se agrega de inmediato que se trata de un mecanismo que debe ir asociado a mecanismos que aseguren, de manera universal, el derecho al juicio estatal heterónomo, junto con una asesoría modulada la decisión en comento, a fin de poner a las partes en posición de escoger la vía que estimen más conveniente a sus intereses<sup>1145</sup>, observando en este caso, como se dijo, niveles de adhesión superiores al de aquellos programas que no han implantado sistemas de este género<sup>1146</sup>, particularmente cuando se trata de asuntos de cuantía relativamente contenida entendiendo, insistimos, que todos ellos deben guardar la debida congruencia con la preservación del derecho constitucional al juicio estatal que el artículo III y la enmienda VII de la Carta Fundamental estadounidense demanda<sup>1147</sup>, lo que permite superar de alguna forma –no exenta de polémica- los reparos de constitucional que se pudiesen presentar<sup>1148</sup>.

Investigadores y operadores del sistema, por otra parte, han identificado ciertos obstáculos difíciles de salvar que atentan en contra de la adhesión voluntaria a los programas una vez que el caso ha llegado al tribunal estatal y que no deberían parecer extraños a un operador continental o, más aún, chileno. Así, se mencionan motivos vinculados de manera importante al recelo de las partes respecto a las motivaciones que puedan llevar a su contraria a aceptar un sistema alterno<sup>1149</sup>; el desconocimiento acerca de la forma en que funcionan los programas<sup>1150</sup>; la simple resistencia a la innovación, inoculada en los abogados

---

conflicto)”. Así en RESNIK (2003) p. 188. En idéntico sentido, referido concretamente al arbitraje: CHERNIK (2004) p. 189. La doctrina sustentada por los tribunales superiores ingleses es, empero, adverso a la imposición de este género de medidas para coartar la libertad del interesado: GENN ET AL (2007) p. 15.

<sup>1145</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 51.

<sup>1146</sup> TRAUM ET AL (2017) p. 687.

<sup>1147</sup> Tanto es así que en su génesis, el modelo propuesto por Frank Sander en el seno de las Conferencias Pound de 1976 contemplaba el desarrollo de los sistemas estatal y privado en paralelo, cubriendo recíprocamente los vacíos que uno y otro pudiesen exhibir: TRAUM ET AL (2017) p. 686.

<sup>1148</sup> Viene al caso recordar, en este punto, el severo reparo que, a este respecto, se formula en contra de la referencia intensiva y masiva de asuntos hacia agencias administrativas semi-judiciales o servidas por judicaturas de “duración temporal” que originaron el así llamado “debido proceso a dos velocidades”, ello por cuanto tras las conferencias Pound de 1976, la promoción de las SARC se basó, en buena medida, en una superior consideración cualitativa de este tipo de sistema alterno al ya mencionado: TRAUM ET AL (2017) p. 687.

<sup>1149</sup> ANDREWS (2012) p. 276.

<sup>1150</sup> TRAUM ET AL (2017) p. 697.

que llevan largo tiempo como operadores del sistema adversarial clásico<sup>1151</sup>; la reticencia que genera en los abogados la imagen de “debilidad” que proyectaran hacia sus clientes al inclinarse por seguir uno de estos programas<sup>1152</sup>, junto con el temor de ser acusados de mala praxis si el mecanismo no arriba a buen puerto<sup>1153</sup> y las motivaciones de orden económico siempre presentes y normalmente receladas, particularmente de los abogados litigantes<sup>1154</sup>.

En suma, se verifica en el medio estadounidense<sup>1155</sup>, así como en el nacional<sup>1156</sup>, una muy arraigada cultura del litigio que impera los diferendos jurídicos civiles, la que aparentemente toma rutas divergentes una vez que la controversia ha traspasado el umbral del tribunal estatal. Con todo, esto explicaría una adhesión volátil a los programas en cuestión pues: *“Uno de los mayores impedimentos para dar inicio a discusiones orientadas a un acuerdo transaccional ha sido habitualmente, en la mayoría de los casos, la preocupación de la parte que da inicio a las negociaciones de ser percibida como la parte débil, poco segura del resultado del diferendo o carente de los recursos o de la motivación suficientes para seguir un juicio propiamente dicho. El resultado de esto se traduce en que las partes muchas veces se enzarzan en un intrincado juego de apuestas cuando en realidad podrían estar avanzando en tratativas realmente conducentes a una transacción. Cualquier reforma que obligue a las partes a conferenciar acerca de las posibilidades de una transacción de la forma más temprana posible o con frecuencia en el desarrollo del juicio habrá de mejorar la situación actual”*<sup>1157</sup>.

Lo cierto es que se impone, a la hora de vertebrar este tipo de programas, la necesidad de profundos cambios de convicción tanto en usuarios como operadores, tanto más importante en un medio como el nacional, principalmente ajeno a estas nociones, cambio que habrá de ser generado de manera exógena, mediante la implantación de programas de promoción intrajudicial como los que se vienen de examinar como los que hace ya largo tiempo operan en el medio estudiado<sup>1158</sup>.

En este contexto, parece especialmente interesante resaltar, por su directa vinculación con el estado actual de la cuestión en nuestro medio de la que se tratará más adelante, que este género de programas hermana directamente en propósito con el establecimiento del ya mencionado tribunal “multipuertas”,

---

<sup>1151</sup> TRAUM ET AL (2017) p. 691.

<sup>1152</sup> EDWARDS (1986) p. 670, indicando que esta es precisamente la razón por la cual no se puede dejar “solos” a los abogados en este proceso sin un programa de referencia intrajudicial.

<sup>1153</sup> SHREVE ET AL (1996) p. 10.

<sup>1154</sup> NIEVA (2016) p. 268.

<sup>1155</sup> SHREVE ET AL (1996) p. 3.

<sup>1156</sup> JEQUIER (2016) p. 95.

<sup>1157</sup> HAIG ET AL (1994) p. 20.

<sup>1158</sup> CHASE (2006) p. 171.

conceptualizado por Frank Sander en 1976. Estos conceptos se basan, fundamentalmente, en la premisa de que las necesidades particulares que presenta cada caso deben determinar la naturaleza del procedimiento al que se recurrirá para su solución<sup>1159</sup> y, por lo tanto, son aquellas las que deben modelar la salida alternativa que el tribunal debe ofrecer (o asignar) al caso, al llevar a cabo la función que le corresponde al juez gestor en el modelo ya enunciado, que pone un acento equitativo entre eficiencia cuantitativa, temporal<sup>1160</sup> y de calidad<sup>1161</sup>. Parece doblemente interesante recordar, además, que a la fecha en que Sander planteaba estas nociones fundacionales del sistema de SARC comparado, el estado de la adhesión a éstos no era muy diverso del que es posible constatar hoy en nuestro medio, imperado por la casi exclusividad del juzgamiento en sede estatal<sup>1162</sup>, aún cuando es necesario consignar, en paralelo, que sí se venía verificando desde antiguo la salida negociada del litigio en el curso de las instancias antejudiciales o en las reuniones de *discovery*, elemento diferenciador no siempre suficientemente evaluado y al que habremos de volver. En este escenario, y teniendo en cuenta la tantas veces mencionada inclinación por las soluciones pragmáticas de los modelos angloamericanos, no sorprenderá que la cuestión vinculada a la obligatoriedad (o no) de la referencia judicial, pasará a ocupar un plano más bien secundario en el escenario global y que los reparos quedaran más bien pospuestos por otras cuestiones de orden operativo<sup>1163</sup>.

A partir de estas nociones, se plantea la cuestión del diseño de un mecanismo que, preservando las ya referidas garantías de las personas de acceso a la justicia estatal adjudicativa, proporcionen a los modelos rasgos de obligatoriedad que justifiquen el esfuerzo tanto humano como económico que habrá de desplegar el juez responsable de supervisar el proceso de asignación de un determinado SARC a un caso en particular. Un mecanismo utilizado es el de las sanciones económicas, consistente básicamente en apercibir con multas a la parte que, manifestando su voluntad de abandonar un SARC en curso (o reticente a usarlo), obtenga resultados desfavorables a sus pretensiones en la instancia judicial estatal tradicional, o a lo menos iguales o inferiores al que habría ofrecido la sede alternativa. Desde luego, se trata éste de un medio más susceptible de utilizar en etapas avanzadas del desarrollo del SARC, incluso tras la primera decisión

---

<sup>1159</sup> No distinto del partido adoptado por el ordenamiento inglés a través de las CPR, al entregar al juez, en aras de la preservación del “*overriding objective*”, la potestad no sólo de disponer una referencia a un sistema alterno, sino que además seleccionar la ruta, o “*track*” que se le asignará al litigio al interior del propio tribunal estatal lo que permite, además, modular la intensidad y complejidad de la intervención que obrará la judicatura pública, llegado que sea el caso: DE PRADA ET AL (2014) pp. 93-94.

<sup>1160</sup> LOVE (2009) p. 11.

<sup>1161</sup> CHASE (2006) p. 184.

<sup>1162</sup> BERIZONCE (2016), p. 17.

<sup>1163</sup> KATZ (1993) p. 52.

alcanzada en éste y a pesar de su uso más o menos extendido a través de los diversos programas, no ha demostrado una utilidad indiscutida, al extremo de haberse llegado a sugerir su eliminación, a lo menos como política de aplicación universal en la generalidad de los programas<sup>1164</sup>, por asimilársele a un sistema de tasas que importan una cortapisa al acceso a la justicia<sup>1165</sup>.

Sea que se recurra o no a herramientas destinadas a constreñir al interesado a someterse al SARC que le ha sido asignado por el tribunal, lo cierto es que parece del todo necesario hacerse cargo del reparo que a este particular se le hace, consistente en que la propia nota de obligatoriedad resulta difícil de conciliar con la naturaleza de aquellos, cuyos beneficios parecen desdibujarse si se les aplica de manera obligatoria<sup>1166</sup> y que, en necesario contrapunto, su ausencia debilitará de manera importante la adhesión a los programas del rubro<sup>1167</sup>, a menos que medie la introducción de una extendida cultura en pos de su aceptación, inexistente entre nosotros y no del todo asentada en el medio angloamericano<sup>1168</sup> que originalmente receló de la formación disciplinaria de sus jueces, particularmente en lo tocante a sus deberes en este contexto<sup>1169</sup>.

Dicho en otros términos; dado que de manera más o menos extendida y uniforme se ha descrito la libertad y autonomía de los intervinientes como una de las notas características (y benéficas) de los SARC<sup>1170</sup>, debe afrontarse (y superarse) el natural reparo que surge de la aplicación de normas que tornen obligatoria su observancia, aún bajo fórmulas flexibles de *opt-out* las que, para conservar tal carácter, deberían verse exentas de cargas que lastren la libre iniciativa de las partes de abandonar el programa<sup>1171</sup>, ello sin dejar de considerar que, inevitablemente, la adscripción a uno de ellos, aún cuando se le abandone al poco tiempo, importará un costo para el interesado, en términos tanto de retrasos como pecuniarios, costo que se ve solventado sólo si se logra arribar a una solución satisfactoria a los intereses en juego<sup>1172</sup>. Se ha descrito, inclusive, una relación inversamente proporcional entre la facilitación del recurso a los programas SARC y el derecho al juicio estatal adjudicativo, pues en la medida que se invierten recursos crecientes a favor de los primeros, la normativa observa un proceso tendiente a hacerle obligatorio a fin de dar utilidad a la inversión comprometida y que, inconfesadamente, le ahorra al Estado los recursos que el presupuesto judicial

---

<sup>1164</sup> KATZ (1993) p. 25.

<sup>1165</sup> NÚÑEZ Y CARRASCO (2015), p. 597.

<sup>1166</sup> PALOMO ET AL (2016) p. 288.

<sup>1167</sup> GENN ET AL (2007) p. 204.

<sup>1168</sup> TRAUM ET AL (2017) p. 695.

<sup>1169</sup> RESNIK (2000) p. 943.

<sup>1170</sup> LÓPEZ-BARAJAS (2012) p. 151.

<sup>1171</sup> ROSENBERG (1988) p. 817.

<sup>1172</sup> TWINING (1993) p. 391.

extraña<sup>1173</sup>. Se emprende, así, un proceso que importa, progresivamente, la puesta en vigencia de normas que hacen obligatoria la participación en el proceso y que, implícitamente, alejan al interesado del juicio estatal al enfrentarlo a un mecanismo previo, el que no podrá soslayar sin incurrir en contingencias relevantes, aún pecuniarias pero no necesariamente sólo económicas<sup>1174</sup> en tanto que, por otra parte, no puede soslayarse que los mismos mecanismo prestarán evidente utilidad para la inversión pública, al lograr un nivel aceptable de adhesión a los programas de referencia en estudio<sup>1175</sup>.

No puede dejar de considerarse, tampoco, que puestos en un contexto de creciente litigiosidad como el nuestro, no serán escasos los litigantes que, enfrentados a la referencia de medios alternos por parte de un tribunal gestor, querrán probar todas las alternativas disponibles<sup>1176</sup>, sólo como una herramienta de estrategia judicial destinada a poner presión en su contraparte que ignora, en definitiva, cuál será el límite temporal de esta estrategia ante la eventual ausencia de normas que establezcan un coto al uso abusivo de este recurso<sup>1177</sup> y al incremento incontrolado de los costos que ello puede representar<sup>1178</sup>. El único remedio para este obstáculo parece ser, nuevamente, la imposición de reglas que tornen obligatorio el acatamiento del resultado que arroje un determinado proceso de SARC, por una parte, y otras que emplacen el programa en la etapa más temprana posible del diferendo, idealmente, con una programación temporal determinada o determinable, tal y como ocurre en los procesos SARC del sector privado<sup>1179</sup>, sumadas ellas a la entrega al tribunal estatal de facultades suficientes para materializar una supervisión exógena sobre el desarrollo del proceso (esto es, ajena a un control de mérito de las decisiones de fondo, salvo mediante el elemento recursivo), explicable pues éste pasa a formar parte de los recursos intrajudiciales<sup>1180</sup>, proporcionando, a la vez, facultades para incentivar a las partes para mantenerse en el mismo, idealmente de manera voluntaria, al tiempo de asegurar fórmulas que permitan evitar la manipulación del proceso por parte de un contrincante reacio a cooperar de buena fe<sup>1181</sup> en un muy delicado equilibrio aún no logrado, en todo caso, en los medios comparados, en los que a propósito de ello, se plantean aún cuestiones fundamentales acerca del rol que le cabe jugar a los tribunales en la sociedad y en torno al valor intrínseco de la sentencia

---

<sup>1173</sup> ANDREWS (2012) p. 275.

<sup>1174</sup> TARUFFO (1996) pp. 146-147.

<sup>1175</sup> Con cita a Genn: ANDREWS (2012) p. 276.

<sup>1176</sup> STIENSTRA ET AL (1995) p. 58.

<sup>1177</sup> NIEVA (2016) p. 268.

<sup>1178</sup> ROSENBERG (1988) p. 811.

<sup>1179</sup> Ya propuesto, cabe recordar, como conclusión de las Conferencias Pound de 1976, estableciendo eso sí mecanismos de apelación y revisión: TRAUM ET AL (2017) p. 687.

<sup>1180</sup> RESNIK (1993) p. 193.

<sup>1181</sup> ROSENBERG (1988) p. 818.

adjudicativa tradicional enfrentada a la transacción o negociación entre partes, con o sin asistencia de terceros<sup>1182</sup>.

**4.1.6.-** El examen comparado con el estatuto angloamericano alcanza por fin, también, y de manera relevante, a las bases metodológicas que deben inspirar el diseño de los mecanismos destinados a promover la inserción de las instituciones ya descritas en un litigio de arquitectura esencialmente adversarial y de partes. En ese contexto, resulta de enorme interés destacar la extensa experiencia comparada desarrollada ya por varias décadas a través de la inserción de modelos o planes piloto<sup>1183</sup>, monitoreados por las Cortes Federales de Circuito y destinados a ser aplicados de manera directa y con mayor o menor grado de autonomía (y de éxito) por parte de los tribunales federales de primera instancia dependientes de aquellas<sup>1184</sup>, en los que la entrega de roles de gestión a los jueces desempeña un papel crucial. En Reino Unido, en tanto, ya se tuvo oportunidad de analizar que esas ocupaciones han sido incluso definidas como primarias para el juez, a la luz de los *overriding objectives* que ya hemos tenido oportunidad de analizar.

Es cierto que la compleja estructuración orgánica de los tribunales federales estadounidenses, diseñada a través de Cortes de circuito y tribunales de distrito en paralelo a 51 orgánicas judiciales estatales distintas e insertas en un estado de organización política federal, presenta una flexibilidad especialmente apropiada a la hora de llevar a efecto planes o programas piloto con un grado de independencia relevante, pero no lo es menos que en nuestro medio judicial la aplicación de este tipo de programas no es tampoco del todo extraña, por una parte, y por otra, debe considerarse que ella permite modular la aplicación de nuevas instituciones a la medida de los requerimientos del medio y, muy especialmente, de la respuesta que éste arroje a partir de las experiencias matrices. La constatación empírica de este dato, es decir, del enorme valor de recurrir a planes y proyectos piloto de aplicación acotada y regulables en intensidad y extensión, constituye un legado que nuestro medio jurisdiccional ya

---

<sup>1182</sup> Superioridad de la sentencia cifrada en la transparencia del proceso, en la autoridad que inviste el tribunal, en la obligación de fundamentar las decisiones que éstos adoptan y en un estatuto recursivo claro: RESNIK (2003) p. 175.

<sup>1183</sup> Metodología seguida, por ejemplo, por la *Civil Justice Reform Act* de discutible éxito, debilidad no atribuible, en todo caso, a la metodología de planes piloto que simplemente vino a reproducir: CHASE (2006) pp. 173-178.

<sup>1184</sup> Caracterizadas, ahora sí, por el elemento empírico que parece haber asegurado su éxito, en el contexto de las reformas de 2000 a las FRCP: CHASE (2006) p. 181.

ha adquirido y que debe preservar y promover, en sintonía con los favorables resultados que, con el tiempo, ello ha representado<sup>1185</sup>.

No resulta en absoluto inimaginable, por lo tanto, recoger la experiencia proveniente de nuestras propias reformas y armonizarla con la que ofrece el ordenamiento comparado en este mismo sentido, materializada por ejemplo en fuerzas de tarea investidas de potestades de asesoría directa<sup>1186</sup> o mediante estatutos transitorios con normas de cierre condicionado a sus resultados periódicamente evaluados<sup>1187</sup>, con la finalidad de edificar una herramienta que resulte, a la postre, funcional a la inserción de institucionalidades nuevas en nuestro medio, tales como aquellas que forman parte del núcleo de las funciones de gestión de las que se responsabilizará a la sede judicial estatal, aún en ausencia de una organización política federal, como ocurre en el medio inglés en que tales cometidos se encuentran incluso consagrados en la norma positiva.

Con todo, será necesario convenir que la globalidad de estas nuevas funciones destinadas a preservar la vigencia del régimen judicial adversarial de dominio de partes, en equilibrio armónico con la activación de los (para nosotros) nuevos roles de asignación de recursos que se le entreguen a la judicatura, necesariamente pasa por una cuidadosa revisión del lugar que se espera ésta ocupe en el nuevo juicio civil adversarial que se anuncia implantar pues, en definitiva, no se puede perder de vista que: *“...sobre todo, debemos recordar que el objetivo primordial de los métodos alternos (de promoción intrajudicial) no puede ser sino asegurar el acceso universal y equitativo a la justicia. Si una reforma de este género sólo beneficia a los jueces, carece de valor. Si reviste valor sólo para los operadores del foro, tampoco vale la pena seguirla”*<sup>1188</sup>. Anuncios incongruentes, o aún contradictorios, no diversos de aquellos que presiden nuestros proyectos de reforma, en cuanto proclaman el restablecimiento de la verdad material como objetivo primordial de la judicatura estatal, de la mano con la promoción de los SARC que, sabidamente, se caracterizan precisamente por poner de relieve la resolución del conflicto antes que el agotamiento de las vías de averiguación material, no hacen más que trastornar la consecución del primero de los objetivos. Si a ello se añade una escasa (si no, nula) definición de nuevos paradigmas de asignación de recursos materiales a estos procesos, que revelan un escaso compromiso real con los procesos de reforma que el medio comparado, desde

---

<sup>1185</sup> No nos referimos acá únicamente a la aplicación gradual de las reformas procesales penal, de familia o del trabajo, sino que además a otros proyectos o planes piloto que han entregado información empírica dura, constatable, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, con las experiencias de tribunales vecinales o de los tribunales de tratamiento de droga.

<sup>1186</sup> De especial éxito para concretar, en los Estados Unidos, las conclusiones de las Conferencias Pound de 1976: TRAUM ET AL (2017) pp. 686-687.

<sup>1187</sup> EDWARDS (1986) p. 683.

<sup>1188</sup> EDWARDS (1986) p. 684.

luego, también ha conocido<sup>1189</sup>, sólo podremos concluir que pareciera ser que no estamos lejos del esquema de “prueba y error” del que se trató en páginas precedentes que, sin embargo, no resulta en absoluto aconsejable de adoptar, tal y como lo demuestra la experiencia comparada y nuestra propia historia, según se pasará a analizar en el capítulo de cierre.

---

<sup>1189</sup> Suerte de “abandono” gubernamental del entusiasmo inicial inspirado por los procesos de inserción SARC en la institucionalidad implantada por las CPR en Inglaterra, experimentado a mediados de la pasada década: GENN (2007) p. 3. Hasta la fecha, no resulta del todo claro que esas limitaciones se hayan logrado superar del todo: SORABJI (2013) p. 213 o, tampoco, que el discurso público en torno a la promoción de aquellos haya variado sensiblemente: ANDREWS (2017) p. 11.

## CAPÍTULO IV. CONVERGENCIA, SUSTENTO Y COMPLEMENTAREIDAD. HERRAMIENTAS E INSTITUCIONES ORIENTADAS HACIA EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL CHILENA.

### 1.- El contraste de instituciones en plano forense.

#### 1.1.- El diagnóstico situacional. ¿Paralelos inevitables o simples coincidencias?

1.1.1.- Tuvimos oportunidad de exponer, en capítulos anteriores, cómo un visionario Roscoe Pound, hace más de un siglo, identificó la permanente insatisfacción popular con los aparatos de justicia como un ingrediente institucional inmanente, transversal a siglos y geografías, con el que deben lidiar doctrinantes, jueces y operadores. Pero en paralelo, advirtió el entonces Decano de Nebraska, es preciso considerar que los sistemas procesales no son simples objetos de admiración artística, sino que herramientas sociales de la más profunda relevancia y que nada exime a la comunidad jurídica de agotar esfuerzos por su permanente mejoría y consolidación<sup>1190</sup> en pos de la satisfacción de los intereses de los afectados, a riesgo de materializar el reparo que se ve traducido en la, para el lego, inexplicable prevalencia de la forma procesal por sobre la sustancia de los derechos cuya preservación pone en juego la garantía del debido proceso, fenómeno al que conducen los excesos del juicio adversarial de dominio de partes en el que finalmente: *“La cuestión no es: ¿Qué requiere el derecho sustantivo y la justicia? Sino que ¿Han sido las reglas del juego aplicadas correctamente?”*<sup>1191</sup>, núcleo de la acerba crítica a la “teoría deportiva de la justicia” imperante por esos entonces en el medio norteamericano<sup>1192</sup>, fundante de la serie de graves reparos que se dirigían en contra del sistema judicial todo y que, finalmente, desembocó en la adopción de las Federal Rules of Civil Procedure.

---

<sup>1190</sup> La cita, ya reproducida en capítulos anteriores, hace especial hincapié en este último punto: *“Desde que existen los abogados y las leyes, hombres conscientes y de buena voluntad han creído que las leyes son simples tecnicismos arbitrarios y que los intentos para regular las relaciones de la humanidad de acuerdo a ellas, generalmente conducen a una injusticia (...) sin embargo, los juristas no se pueden dejar engañar por este descontento con el derecho más bien inocuo y generalizado y dejarse conducir, con ello, a soslayar o menospreciar la verdadera y grave disconformidad con los tribunales y la falta de respeto por el derecho que existe en los Estados Unidos de hoy.”* Así en TRAUM ET AL (2017), p. 681.

<sup>1191</sup> Así en TRAUM ET AL (2017), p. 682.

<sup>1192</sup> La dogmática nacional, con un sesgo de ironía no lejano a la caricaturización dirá que: *“...la eficacia del proceso judicial estaría dada por la eliminación definitiva de la incerteza en la titularidad de una relación jurídico-material, y la composición pacífica de una controversia entre sujetos particulares (...) Tanto la decisión ilegal como aquella que se asienta en bases fácticas no reales, son eficaces y cumplen con la misión a que se destina el proceso (...) Se trata de un fin eminentemente pragmático donde lo esencial es asegurar a los ciudadanos el desarrollo de un procedimiento justo, y no necesariamente una decisión justa”.* Así en HUNTER (2011), p. 77.

A pesar de las profundas reformas emprendidas en 1938 en el contexto de la codificación procesal civil que acabamos de considerar, consideradas como una verdadera revolución en el derecho norteamericano tanto por la naturaleza de sus instituciones<sup>1193</sup>, como por la profundidad y extensión procesal de sus reglas<sup>1194</sup>, lo cierto es que el tiempo se ha encargado de demostrar la valía de los conceptos vertidos por Pound en 1906. Muchos (si no todos) los reparos que se dirigen contra el modelo de juicio adversarial estadounidense se reiteran hasta nuestros días con especial virulencia<sup>1195</sup>, al extremo que resulta recurrente que la dogmática se interrogue con inquietante frecuencia, acerca de los motivos que justificarían la mantención de un modelo de enjuiciamiento que no sólo es de escasa utilización práctica<sup>1196</sup> por la bajísima tasa de asuntos que llegan a ser resueltos tras un juicio por jurados y, de la mano de ello, por la contada aplicación de esta última entidad, sino que además es continuamente objeto de ácidos comentarios en torno a su incapacidad de materializar el acceso a los derechos y garantías sustantivas de los afectados<sup>1197</sup>, frente a lo cual la respuesta ha insistido

---

<sup>1193</sup> Que tuvo el mérito, como ya consignamos, de insuflar nuevo auge a un juicio adversarial abierto, flexible, modulado bajo el imperio de las reglas de litigación en *equito*, dejando atrás las rigideces formales del *common law* clásico: SUBRIN (1987), p. 990.

<sup>1194</sup> SUBRIN (1987), p. 925.

<sup>1195</sup> Por todos: TARUFFO (2008), pp. 262-263: “(...) *los diversos perfiles bajo los cuales se puede afirmar que el sistema adversarial tiende a ser irracional, o sea, incapaz de satisfacer las exigencias y las expectativas que en la sociedad de capitalismo maduro se fincan (sic) en la administración de justicia, al paso que era racional –o al menos se consideraba tal- en relación con las exigencias y las expectativas típicas de la sociedad liberal burguesa o también de la primera fase del capitalismo (...) el funcionamiento real del modelo adversarial radica en el sentido de legitimar el disfrute económico de numerosos individuos por parte de pocos centros de poder (...) Parece claro, además, que el sistema adversarial crea situaciones de particular ventaja económica y de prestigio social para los abogados, y no al caso particular para aquellos que lo gestionan directamente como abogados litigantes (...) El modelo adversarial es en cambio irracional con respecto a los valores de la verdad, la igualdad y la justicia a menos que alguien se acoja con relación a estos valores a una concepción particular, típica de la ideología liberal clásica. Quien en cambio adopta una versión más evolucionada, y coherente con las necesidades de justicia que surgen aun en la actual organización de la sociedad capitalista, debe, a veces, constatar la carencia de efectividad o la no funcionalidad del sistema adversarial con respecto a los valores de verdad real, igualdad sustancial y justicia social (...)*”.

<sup>1196</sup> GROSS ET AL (1996), p. 50.

<sup>1197</sup> RESNIK (1986), p. 545. La autora en cita, con todo, pone una nota de esperanza sobre las sombrías conclusiones a las que arriba, escribiendo en un contexto en el que, como hemos consignado con anterioridad, la “avalancha” ADR amenazaba con tornar del todo inútil el juicio estatal: “*Las lecciones de los últimos cincuenta años enseñan que la fe ilimitada (en el juicio adversarial) no es suficiente, que necesitamos definir y estructurar los objetivos que esperamos obtener mediante la construcción de sistemas de atención de conflictos, y entonces, poner mucha cuidadosa atención a la manera en que se obtendrán esos objetivos. Dado que aún tengo fe en que el proceso posee potencialidades dignificantes y atendido que carezco de fe en la ilimitada y desinteresada sabiduría de nuestras autoridades gubernativas, o de los litigantes poderosos, estoy en contra de entregar la tarea de modelar el juicio adjudicativo a quienes demuestran tener una fe ciega en las salidas alternas o a quienes evidencien carecer del todo de este tipo de creencias.*”

en poner de relieve los valores casi estructurales que portaría el juicio adversarial estatal como mecanismo de adjudicación y resolución de conflictos<sup>1198</sup> postura que, por lo demás, no debiese resultar extraña para el medio norteamericano, que llega al extremo de identificar el juicio adversarial, de dominio de partes y de intervención judicial muy mesurada (aún cuando en la práctica no llegue a desarrollarse y ni siquiera logre describir el modelo estadounidense<sup>1199</sup>), con la garantía al debido proceso<sup>1200</sup>.

De hecho, el anuncio de la extinción de las entidades más características del juicio adversarial viene repitiéndose hace al menos un par de décadas ya, por los doctrinantes más reconocidos en el medio en estudio<sup>1201</sup>, premoniciones que han sido objeto, a su vez, de reparos fundados en la necesaria pervivencia de aquellas institucionalidades, sustanciales y estructurantes del edificio procesal civil estadounidense<sup>1202</sup>.

---

<sup>1198</sup> EDWARDS (1986), pp. 676, 679.

<sup>1199</sup> KATZ (1993), p. 20.

<sup>1200</sup> TARUFFO (2008), pp. 49, 160. Conscientemente hemos omitido en los rasgos anunciados en el texto la presencia del jurado, a pesar de subsistir todavía la garantía constitucional que hubo oportunidad de examinar anteriormente, por los mismos motivos que, en su exposición, se explicaron y que describen la casi espectral presencia del mismo.

<sup>1201</sup> DAMASKA (1997), p. 126.

<sup>1202</sup> Con referencia a la persistencia del modelo de derecho probatorio: KIRKPATRICK (1998), pp. 364-368. Refuta directamente este autor las tesis de Damaska, sosteniendo que si bien sus premisas mayores fueron correctas (Dado que el derecho probatorio norteamericano se encuentra íntimamente ligado al juicio adversarial por jurados, la merma de éste implica también una caída del auge de la disciplina evidenciaria), no lo son tanto las menores (que la sola debilitación numérica de los juicios por jurado implique idéntico efecto en la prevalencia de adversarialidad como elemento central del establecimiento de la prueba y su incidencia aún en los casos en que no se arriba al juicio propiamente dicho): *“El Profesor Damaska es amable en el título de su libro al describir el derecho probatorio como si estuviese sólo a la deriva. Tras leer su libro, uno queda con la clara impresión que el gran navío del derecho probatorio no sólo está a la deriva sino que se encuentra encallado y haciendo agua rápidamente (...) su premisa mayor es sensata y tiene fuerte sostén histórico (...) La vinculación entre el juicio por jurados y el derecho probatorio también tiene soporte empírico. Aquellos países que han reducido la presencia del juicio por jurados han experimentado, como consecuencia, una liberalización de sus reglas de admisibilidad (probatoria). Pero la premisa menor – que el juicio por jurados esté en vías de declinar – es opinable, a lo menos si se centra el foco en los Estados Unidos (...) Se estima que cada año, hay entre 150.000 a 300.000 juicios por jurados en los Estados Unidos, lo que representa más del 90% de los juicios por jurados desarrollados en todo el mundo (...) Al hecho que la mayoría de los casos se cierran con un acuerdo transaccional no le sigue necesariamente que las reglas de evidencia no jueguen ningún rol en el proceso pactual. Al contrario, tanto el derecho sustantivo como el probatorio juegan un rol vital en perfilar los acuerdos (...) concluyendo, el derecho probatorio no parece encontrarse a la deriva, al menos no todavía y al menos no en los Estados Unidos (...) aún cuando sea probable que se verifique una liberalización creciente, las reglas que gobiernan la admisibilidad de las pruebas y tal vez, en progresiva medida, las que regulan el peso de las pruebas, muy probablemente seguirán siendo parte integral de cualquier sistema adjudicativo que busque acoger un proceso de averiguación racional de los hechos.”*

**1.1.2.-** Las líneas de razonamiento que se dejan bosquejadas, centradas, como se dijo, en el controversial (y controvertido) análisis de la vigencia y virtualidad del juicio adversarial de predominancia de partes como modelo de resolución estatal de conflictos civiles se encuentran tanto o más presentes aún en el medio inglés, en el que, tal y como se ha hecho presente con anterioridad, no existe aún, del todo, consenso en torno al verdadero efecto que, en este sentido, tuvieron las reformas introducidas por la nueva codificación procesal civil que entró en vigor junto con el nuevo siglo, aún cuando los esfuerzos por reformar las reglas de procedimiento, reactivos a los siempre presentes reparos relativos a la calidad y acceso a la justicia, son tanto o más antiguos que los estadounidenses y de una inspiración, si ello cabe, aún más pragmática<sup>1203</sup>.

Es cierto que la evolución del modelo de enjuiciamiento inglés siguió, incluso antes de la Revolución de 1776, un derrotero diverso del norteamericano<sup>1204</sup>, pero también lo es que la primera gran reforma legislada positivamente, llevada a cabo hacia fines del siglo XIX mediante las Leyes de Administración de Justicia (1873-1875) encontraron inspiración en el Código del Estado de Nueva York de 1848, más conocido como el Código Field, ya mencionado con precedencia<sup>1205</sup>. A partir de este evento será que se comenzará a verificar una convergencia relevante entre ordenamientos procesales a ambos lados del Atlántico, fenómeno éste imperado por la acendrada convicción en torno a la necesidad de uniformar los procedimientos en *common law* y en *equity* que, con el tiempo, se materializaría en la unificación de jurisdicciones<sup>1206</sup> aún cuando sea defendible que en los Estados Unidos, en realidad, nunca estuvieron del todo separadas<sup>1207</sup>. En paralelo, además, es necesario considerar que el Código Field puso a medio camino al derecho estadounidense entre la justicia en *equity* y en *common law*, como una forma de reaccionar a la crítica proveniente de los promotores de dichas reformas, enfocadas en regresar a las raíces Benthamianas, y, por consiguiente, a una litigación sencilla, imperada por un número contenido de reglas simples<sup>1208</sup>,

---

<sup>1203</sup> ANDREWS (2012), p. 256.

<sup>1204</sup> GONZÁLEZ (2006), p. 388.

<sup>1205</sup> VAN RHEE (2011), p. 32.

<sup>1206</sup> GONZÁLEZ (2006), p. 383.

<sup>1207</sup> SUBRIN (1987), pp. 927-928: *“La dualidad de sistemas procesales y las complejidades de la litigación en common law no llegó con el Mayflower. Especialmente en el norte, muchos colonos desconfiaban de los tribunales de equity separados. La justicia en equity, representaba la discreción sin controles así como demoras y gastos injustificados. Los tribunales coloniales más tempranos tenían competencia sobre categorías de litigios que en Inglaterra hubiesen correspondido a varios tipos distintos de tribunales (...) Gran confianza se hizo reposar sobre los jurados, a quienes se les permitió decidir asuntos que en Inglaterra se hubiesen reservado a los Cancilleres o a los jueces de common law”.*

<sup>1208</sup> En 1828, en el contexto de la discusión de las reformas procesales en Holanda, se dirigía como crítica al modelo inglés que: *“El Imperio (es decir, Inglaterra) está prácticamente gobernado por una ley cuya existencia está sujeta a la memoria de los abogados, lo cual representa un caos a*

pues en el estado de cosas existente, muchas veces los tecnicismos impedían la aplicación del derecho sustantivo. Se agregaron también a los reparos que se dirigían al estado de la situación que se pretendía reformar, las permanentes críticas por la lentitud de los procedimientos, su costo excesivo y lo verdaderamente inmanejable de sus ya numerosas reglas<sup>1209</sup>, de manera que resulta lógico concluir que las reformas introducidas hacia fines del siglo XIX en Inglaterra, que ya se han mencionado, tuvieron una inspiración en críticas que a un operador en uno u otro medio no resultarían en absoluto ajenas<sup>1210</sup>.

En necesario e interesante contrapunto es necesario advertir que también es perfectamente cierto (y demostrable) que, a partir de ese punto, principalmente debido a la práctica de los operadores forenses, se daría origen a un nuevo curso divergente, el que terminaría por separar notoriamente el modelo inglés del estadounidense, al punto que le resulte posible sostener, a uno de los más populares doctrinantes de este último medio que: *“Estas diferencias (las que se pueden constatar entre ambos ordenamientos) hacen que sea una tontería las elocuentes frases de ‘procedimiento angloamericano’ y (por contraste) la tosca expresión ‘procedimiento de civil law’”*<sup>1211</sup> o que el dogmático estadounidense defiende, en este mismo sentido, que: *“...aunque Estados Unidos e Inglaterra comparten el patrimonio del common law y tienen sistemas procesales adversariales (...) aún así se aprecian bastantes diferencias entre ellos (...) los procesos de resolución de controversias en Norteamérica – al igual que sus*

---

*desentrañar”*, descartando, por ende, que representara un modelo a seguir: VAN RHEE (2011), p. 33.

<sup>1209</sup> SUBRIN (1987), pp. 933, 937.

<sup>1210</sup> Las coincidencias (si es que así se pueden llamar) en este orden de materias y en esta época, resultan ser verdaderamente sorprendentes: la totalidad de las reformas que se introdujeron a las leyes de 1873-1875, se promulgaron por un Comité Normativo, constituido principalmente por jueces, en el cual el Parlamento había delegado facultades legislativas en materias de orden jurídico – procesal: VAN RHEE (2011), p. 33. Aún cuando este autor llama la atención al paralelo que se puede dibujar con el caso francés que, a partir de 1958, verifica un fenómeno similar para la dictación de normas procesales, la verdad es que resulta aún más llamativo el parangón que se produce con la Ley de Delegación de Facultades federales de 1934, en cuya virtud, como se dijo antes, se promulgaron las Federal Rules of Civil Procedure. Aún cuando pudiese explicarse que la omisión de relevar este evidente punto de contacto entre el caso estadounidense y el inglés, por el hecho de pertenecer ambos a ordenamientos del medio del *common law*, lo cierto es que ello resultaría, a lo menos, contradictorio con sus propias conclusiones por cuanto en el propio trabajo que resalta este punto, comienza por ratificar lo que ya viene siendo casi un lugar común entre comparatistas en lo tocante a la debilitación del modelo descriptivo “por familias” jurídicas para separar el *common* del *civil law*: VAN RHEE (2011), p. 18. La inexplicada paradoja, por tanto, persiste.

<sup>1211</sup> ANDREWS (2013), p. 14.

*valores – son propios y particulares, incluso cuando se comparan con el resto de sistemas de common law*<sup>1212</sup>.

A partir de esta brevísima referencia a los orígenes de las reformas que en Inglaterra generaron y presidieron la evolución del estatuto procesal que precedió a las CPR de 1999, resulta posible confirmar que las máximas vertidas por Roscoe Pound en 1906 también resultaban, ciertamente, aplicables al estado de la cuestión en el medio inglés, y lo siguieron siendo prácticamente por todo el siglo XX, al punto que resulta posible sostener que, a lo menos implícitamente, presidieron las conclusiones a las que arribó la Comisión Woolf en 1996, que finalmente derivaron en la promulgación de las CPR de 1999, cuyo norte se puede sintetizar, en muy pocas líneas, en el permanente esfuerzo por mitigar los excesos del adversarial, sin llegar a renunciar a éste<sup>1213</sup>, identificados los primeros con el incremento incontrolado de los costos y los retrasos atribuido al efecto que sobre ello tenía la ingerencia ilimitada de los abogados litigantes en la dirección del juicio<sup>1214</sup> y en el abuso de las herramientas que éste pone a su disposición<sup>1215</sup>, objetivo que se propone alcanzar mediante el sustancial refuerzo que ofrece sobre las potestades de gestión y dirección entregadas al juez estatal<sup>1216</sup>, materializado en el ya analizado estatuto del *overriding objective*, verdadera guía germinal de conducta del juez inglés y principio inspirador de su desempeño al interior del proceso que, por lo mismo, ha sido objeto de atentísimo análisis por parte de operadores y doctrinantes del medio europeo continental<sup>1217</sup>, quienes perciben una convergencia de instituciones de un vigor superior al que se había conocido hasta la fecha, fenómeno éste que representa, por cierto, particular aliento a las investigaciones como la presente, que se fijan como norte el análisis de entidades del procedimiento civil estadounidense e inglés (para eludir la manida - y ácidamente criticada, como se vio - expresión global *common law*) para revelar, con ello, la insospechada potencialidad que implica su aporte a los procesos

---

<sup>1212</sup> CHASE (2011), p. 84.

<sup>1213</sup> ANDREWS (2013), p. 3.

<sup>1214</sup> ANDREWS (2013), p. 32. Sugerentemente, en 2000, este prolífico autor inglés tituló uno de sus primeros trabajos dedicado al análisis de las CPR como: “*Un Nuevo Código Procesal Civil para Inglaterra: Control partisano, se va, se va, se ha ido.*”

<sup>1215</sup> En palabras de las conclusiones del propio Informe Woolf: “(...) *ha llegado el momento de ponerle coto al adversarial, a través de una limitación a las alternativas a las que pueden echar mano los abogados; invocando un uso intensificado de ADR; poniendo el foco en los acuerdos transaccionales y entregándole una autoridad reforzada a los jueces en la gestión de los casos.*”

Así en RESNIK (2003), p. 189.

<sup>1216</sup> VAN RHEE (2011), p. 36.

<sup>1217</sup> “*Los cambios en el Proceso Civil inglés han convertido al sistema inglés (sic) en el foco de atención en varios estados de Europa Continental.*” VAN RHEE (2011), p. 38.

continentales de reforma procesal civil<sup>1218</sup> que nos hemos propuesto como objetivo a comprobar.

## **1.2.- El proceso civil chileno y las analogías que demuestra en su desarrollo.**

**1.2.1.-** Tal y como ocurre con los medios comparados que han servido de objeto de análisis a nuestra investigación, en el medio chileno es perfectamente posible validar la apreciación formulada por Roscoe Pound a miles de kilómetros de distancia y hace ya más de 110 años: en Chile, tal como alrededor del mundo (occidental al menos), las quejas en torno a la calidad del aparato de justicia y el servicio que este presta son graves y recurrentes, al extremo de convertirse en miembro principal de un elenco de presencia constante en nuestra vida político jurídica, que ha inspirado las reformas procesales más importantes de nuestra vida republicana y, como no, aquella que el país se ha propuesto reemprender con especial vigor en el último tiempo.

Al igual que en el contexto del análisis que adelantamos en el párrafo anterior, podrá constatar, además, que las críticas y reparos no sólo son recurrentes sino que sorprendentemente similares a las que se pueden señalar para el aparato de justicia estadounidense e inglés, ello a pesar de haber heredado nuestro país (y normado más tarde), una estructura de procedimientos de marcada inspiración continental, ajena a entidades tales como las alegaciones orales, el juicio por jurados o las fases ante-judiciales del litigio que, como tuvimos oportunidad de ver, atraían buena parte de las críticas en aquellas latitudes. Esta reiteración de las objeciones que viene de plantearse, además, se prolonga notoriamente en tiempo, pues es posible trazar un encadenamiento de pareceres transversal a las décadas, e incluso a los siglos, vinculados a los motivos que han obstado a la adecuada dispensación de justicia civil en nuestro medio.

Así, es dable presentar el panorama que expuso, para nuestro país, la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, pocos años después de la promulgación del Código de Procedimiento Civil (es decir, en una época coetánea a la famosa conferencia de Pound). Hacia fines de la primera década del siglo XX, hacía presente dicha instancia la necesidad de introducir reformas al texto del mismo del Código de muy reciente dictación y, en especial, a la reglamentación del recurso de casación, pues el funcionamiento de la Corte Suprema “...se encuentra retardada (o) en su despacho en términos que constituyen una honda perturbación para el ejercicio de todos los derechos y para la administración de

---

<sup>1218</sup> Por todos VAN RHEE (2011), p. 35: “En mi opinión la popularidad de dichas Reglas (las CPR) en el continente se debe a que en parte gracias a ellas el Sistema de Procedimiento Civil inglés se ha acercado como nunca antes a los modelos continentales (...) En consecuencia, esta situación podría ser una fuente interesante de inspiración para los reformistas continentales”.

*justicia en general...*<sup>1219</sup>. Y cuarenta años más tarde, con motivo de la importante reforma que finalmente introdujo la ley 7.760 al Código de Procedimiento Civil, el entonces Ministro de Justicia, don Óscar Gajardo, expresaba: *“La opinión general ya se ha uniformado en lo que hay que hacer en nuestra legislación: barrer arcaicos formulismos; acortar plazos excesivos, eliminar algunos conceptos que no cuadran con los momentos que vivimos, pero en todo esto, respetando nuestros Código de Procedimiento en aquellas partes que prestan aún eficaces y positivos servicios (...) Innumerables personas que ante el solo anuncio de recurrir a los Tribunales se retraen de toda acción judicial y hasta permiten dolorosas expoliaciones por no verse arrastradas a tramitaciones que duran largos e inciertos años, cuando la justicia es expedita y breve, acudirán a ella (...) la opinión pública borrará de su agenda de aspiraciones esta reforma de los Códigos Procesales, y cesará de gravitar sobre los Tribunales un duro cargo que si no les afecta por la calidad de la justicia que dispensan, les alcanza sí en lo que respecta a uno de los elementos esenciales que debe tener toda controversia judicial: su rapidez. El país tiene su pensamiento enderezado a esta reforma: no se la puede retardar más”*. Y si alguna duda cupiera sobre la presencia inquietantemente familiar de estos pareceres vertidos hace más de 70 años entre nosotros, se agregó en la discusión particular, por parte de uno de los Diputados informantes, la siguiente postulación: *“Es un grave vicio de nuestra legislación judicial la demora en el fallo de los juicios, y no cabe duda que donde es mayor tal retardo es en los Tribunales de Alzada y Corte Suprema, no porque la tramitación en segunda instancia sea complicada, sino porque todos los expedientes con apelaciones después de quedar en estado de tabla, deben esperar largos meses – seis meses a un año a veces – guardados en los estantes de las Secretarías y de los Relatores para que empiecen a figurar en tabla, y después esperar también varias semanas hasta que se alcance a ver por la Sala respectiva”*<sup>1220</sup>. El paso del tiempo no mitiga los reparos. Más de siete décadas más tarde, el Presidente de la Excma. Corte Suprema expresaba: *“La Corte Suprema, conciente (sic) que la justicia debe ejercerse en un plazo razonable, la cual (sic) obedece a criterios abstractos y concretos, ha estructurado una planificación organizada para la gestión adecuada de los procesos judiciales (...) La aspiración es que como*

---

<sup>1219</sup> Citado en OBERG (2003), p. 169.

<sup>1220</sup> CEPPI ET AL (1943), pp. 61-62, 71. Apoyando sus ideas, el Ministro de Justicia refería, quizás soslayando las severas críticas y reparos que ya por esa época se le dirigían, al modelo inglés señalando que: *“La Inglaterra tiene una de las administraciones de justicia más eficientes del mundo. Ahí cuando aparece el vacío legal o las circunstancias marcan un nuevo rumbo jurídico, se crea la respectiva institución de derecho (...) Ese gran pueblo en sus instituciones jurídicas se aparta de la línea que le marca la deducción apriorística meramente guiada por la imaginación y solo sigue y robustece la línea que traza la experiencia. Este es el camino que permanentemente debemos tomar”*. Advirtamos, sí, que en plena conflagración de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno de Juan Antonio Ríos era firmemente “aliadófilo”.

*máximo la duración (de las causas) no exceda de un año en cada instancia, para luego reducir esta duración, estimándose que seis meses es una aspiración que responde a estándares de eficiencia (...)*<sup>1221</sup>. Huelgan comentarios.

A similares institucionalidades, similares objeciones, y así como es posible afirmar que, dado que el medio angloamericano ha preservado, y perseverado, en un diseño adversarial de enjuiciamiento civil de dominio de partes escasamente contrarrestado por la potestad pública por siglos, sólo resulta lógico constatar que, a lo menos hasta fechas muy recientes, las críticas dirigidas en su contra sean siempre muy similares (sino iguales). Otro tanto puede predicarse del entorno chileno: ya que hemos preservado la vigencia de una institucionalidad procesal civil imperada por máximas vinculadas con la escrituración, con la pluralidad de fases de enjuiciamiento que le es típica y con una restringida actividad procesal del juez<sup>1222</sup>, por prácticamente toda nuestra vida independiente, tal vez (y solo tal vez) la introducción de la reforma radical que se anuncia para el medio procesal civil, materializada en la introducción de un modelo congruente y armónico con las reformas procesal penal, laboral y de familia, centrada en la adversarialidad oral, racionalización de las fases de enjuiciamiento e intermediación logrará mutar, si no el número y la persistencia de las críticas<sup>1223</sup>, sí la naturaleza de las mismas, punto éste último en el que hemos sostenido que resulta de particular valía observar con cuidada detención la experiencia comparada de modelos que, como los angloamericanos, desde sus orígenes ha adoptado modelos que, en buena medida, se estructuran en torno a bases fundamentales esencialmente asimilables a las que el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil anuncia introducir entre nosotros.

**1.2.2.-** Con todo, y antes de proseguir con nuestro análisis centrado, ahora, en el modelo que se promueve implantar en Chile a través del nuevo Código Procesal

---

<sup>1221</sup> MUÑOZ (2015), p. 17.

<sup>1222</sup> Estado de cosas que ya hace más de 70 años se pretendía mutar precisamente en este particular aspecto, al anunciarse a propósito de la reforma recién indicada de la ley 7.760 y concretamente en su mensaje: *“...se amplían las atribuciones de los magistrados que en numerosos casos hasta podrán proceder de oficio; a los jueces se les saca de su papel pasivo de meros espectadores de la contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer con pleno conocimiento de causa la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo suyo”*: Así en CEPPI ET AL (1943), p. 4.

<sup>1223</sup> PIEDRABUENA (1989), p. 641. Analizando las reformas que introdujo la ley 18.705 al Código de Procedimiento Civil, este autor deja constancia, nuevamente, del fenómeno que se viene de describir en los siguientes términos: *“...se advierten ciertas constantes en el planteamiento de los temas que dificultan la expedita administración de la justicia civil. Es así como se constata que nunca una reforma ha sido suficiente como para lograr una pronta y acabada administración de justicia y que al poco tiempo, por diferentes factores, ya sea orgánicos o de malas prácticas judiciales de funcionarios y abogados, se reclaman nuevas y más urgentes medidas para agilizar el procedimiento judicial”*.

Civil y el aporte que representa para ello la virtualidad de las instituciones de apoyo al juicio adversarial de partes, estimamos del todo necesario consignar que no resulta suficiente, ni con mucho, constatar simplemente que la nueva estructura se edificará en torno a un juicio adversarial oral (o semi-escrito, si se prefiere), bifásico y de equilibrado dominio de partes y judicial<sup>1224</sup>, pues, como enseña la dogmática que ya hemos tenido oportunidad de invocar: *“Lo equivocado es centrarse en el atractivo de la forma procesal sin preguntarse antes si tal forma es compatible con un aparato judicial en particular. La pregunta no es sólo qué tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos”*<sup>1225</sup> o, podríamos completar nosotros, pretendemos desarrollar en las próximas décadas pues, como también analizamos antes, es posible verificar una verdadera relación simbiótica entre proceso y Estado<sup>1226</sup>, en que la influencia es, en realidad, recíproca asaz que intensa<sup>1227</sup>.

Definidos estos parámetros fundamentales y, en nuestro caso, también fundacionales, será dable emprender camino hacia la inserción de una o más institucionalidades concretas, pues: *“Del propósito procesal sigue la forma, cuando está implicada en aquél conceptualmente. Allí donde puede demostrarse esa implicación conceptual, las formas procesales surgen de los propósitos subyacentes como una serie de muñecas rusas”*<sup>1228</sup> y, de esta forma, encuentran fácilmente un correlato lógico y coherente al interior de la estructura del aparato resolutor de conflictos<sup>1229</sup>.

No pretendemos en las secciones que siguen, desde luego, sondear las abismales profundidades de las definiciones conceptuales que se dejan anunciadas, para controvertir su veracidad o vigencia: ello excedería largamente el margen y objeto de nuestra investigación<sup>1230</sup>. Pero esta comprobación tampoco nos eximirá de

---

<sup>1224</sup> Por todos: PALOMO (2015), pp. 68-69.

<sup>1225</sup> DAMASKA (2000), p. 86.

<sup>1226</sup> Por todos: DAMASKA (2000), p. 21. Baste a este respecto recordar que la más universalmente difundida obra de este autor llevar por título, precisamente: *“Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado”*.

<sup>1227</sup> CHASE (2011), 26: *“La cultura consiste en significados, concepciones y esquemas interpretativos que se activan, fabrican o ponen en marcha a través de la influencia en las normas de las instituciones sociales y las prácticas reiterativas (...) La resolución de controversias e una de estas prácticas habituales”*.

<sup>1228</sup> DAMASKA (2000), p. 165.

<sup>1229</sup> Con advertencia hacia el riesgo que representa la elefantiasis de los principios y referencia al trabajo de Diego Palomo en la materia: DELGADO (2015), p. 266.

<sup>1230</sup> De hecho, parece ser posible, desde una perspectiva sociológica del derecho, reconducir este fundamental debate a una identificación casi sinalagmática de la cultura con la forma en que las sociedades resuelven sus conflictos y que las instituciones que diseñan con este propósito, son precisamente los hitos que demuestran esta semejanza de manera profundamente reveladora y única. Así en PEÑA (2005), p. 121. Se trata ésta, por ende, de una corroboración interesantísima

consignar, en la medida que el objeto investigado así lo reclame, algunas definiciones esenciales que subyacen al modelo y, a partir de éste, al “propósito procesal”, tal y como ha sido diseñado en nuestras empresas de reforma, pues será a partir de esas definiciones básicas que se habilita al investigador el acceso a emprender el análisis que, en este caso, ocupará los apartados finales de nuestra exposición y permitirá, en definitiva, enlazar una institucionalidad que hasta el día de hoy se estima lejana a nuestra tradición cultural (y que, por lo mismo, se le mira con un desdén o recelo apenas disimulados<sup>1231</sup>), con los objetivos definidos por nuestros reformadores.

**1.2.3.-** Ejemplo paradigmático de lo que venimos diciendo, lo son los SARC y su inserción en el aparato chileno de resolución de conflictos civiles (ya explicamos por qué no abarcaremos los medios alternos que insertan preferentemente en el medio corporativo comercial y que prácticamente se identifican con sus estatutos). Hemos consignado ya en los capítulos y secciones antecedentes cómo la virtualidad de aquellos medios (o sistemas, como hemos preferido denominarlos<sup>1232</sup>) como herramienta privilegiada de solución de disputas es, aún en nuestros días, intensamente debatida en los ordenamientos angloamericanos<sup>1233</sup>. Se trata éste de un debate que está lejos de acabar<sup>1234</sup> y cuya profundidad y extensión por todos los ordenamientos agotarían, desde luego, el objeto de ésta y de varias investigaciones, aún centradas por completo en ellos<sup>1235</sup>.

Nuestros reformadores, empero, tanto desde la sede administrativa (Mensaje del Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil, Conclusiones de la Comisión Ministerial de Medios Alternos de Resolución de Conflictos) como judicial (Plan Estratégico del Poder Judicial 2015 – 2020) ya han definido como uno de sus inspiraciones, una decidida inclinación por la puesta en valor de los SARC. Constituye éste, por lo tanto, un hecho dado con el que debemos trabajar, pero que no nos exime de la obligación de analizar la medida en que éstos se pueden difundir armónicamente con la oferta estatal de justicia y constituirse en un apoyo necesario para el juicio

---

desde la sede nacional, del trabajo de Mirjian Damaska en torno a los profundos entresijos que yacen tras las “Caras de la Justicia”, abierta aún a un debate dogmático urgente e imprescindible.

<sup>1231</sup> DELGADO (2016), p. 242.

<sup>1232</sup> PÉREZ ET AL (2006), p. 182.

<sup>1233</sup> Considérense a este respecto los ya profusamente citados trabajos de Owen Fiss en Estados Unidos y de Hazel Genn (OBE) en Inglaterra.

<sup>1234</sup> Como ocurre, por ejemplo, con la recientemente descrita tendencia estadounidense a favor de la revisión judicial de las cláusulas compromisorias a fin de constatar su efectiva voluntariedad a partir de un estatuto de información suficiente del afectado: WOO (2018), p. 157.

<sup>1235</sup> Las *Global Pound Conferences*, por ejemplo, desarrolladas a partir de 2016, aún no cuentan, a esta fecha, con un reporte global definitivo.

adversarial que ésta diseña<sup>1236</sup>, por una parte y, por otra, la manera en que ésta oferta, radicada al interior del aparato público, revelará toda su potencialidad favorable al acceso a la justicia que no es sino el objetivo último de su concepción y promoción<sup>1237</sup> y no una solución clase B o de segunda línea<sup>1238</sup>, en que la así llamada “desjuridización” termine siendo un verdadero “*handicap*”<sup>1239</sup>, adverso a la adecuada cautela de las garantías de los interesados<sup>1240</sup>, en aras de un empeño “eficientista” decepcionante y, en definitiva, jurídicamente pobre<sup>1241</sup>, amenaza ésta última que, como bien nos enseña la dogmática al analizar el modelo estadounidense comparado al tratar de las agencias administrativas resolutoras o de judicaturas de “segundo rango”<sup>1242</sup>, como se dieron a llamar aquellas jurisdicciones “no-artículo III”, que se analizaron previamente por no ser inamovibles ni de rango constitucional<sup>1243</sup>, muy bien puede afectar a instancias estatales de resolución de conflictos, como es el caso de las salidas asignadas a la a la pésimamente mal llamada “justicia de las pequeñas causas”<sup>1244</sup>, como se han conocido entre nosotros a los proyectos de tribunales vecinales<sup>1245</sup> e incluso ciertas institucionalidades en el modelo de enjuiciamiento civil reformado<sup>1246</sup>, cuya sola denominación parece dar ya a entender la admisión de una suerte de “garantía del debido proceso a dos velocidades” atendiendo la entidad material del litigio en liza, defendido por algún sector de la dogmática<sup>1247</sup>.

**1.2.4.-** Como queda de manifiesto de las líneas que anteceden, la unidad y congruencia de propósitos que se persiguen con la implantación de una reforma procesal civil integral es de una necesidad evidente. Sólo la presencia permanente (y prevalente) de dichos objetivos en el diseño de entidades y herramientas jurisdiccionales permite alcanzar un modelo integral lógico, racionalmente enderezado hacia los objetivos últimos que la instancia política ha asignado a sus

---

<sup>1236</sup> DELGADO (2016), p. 244.

<sup>1237</sup> “(...) sobre todo, debemos recordar que el objetivo superior de los sistemas alternativos de resolución de conflictos es entregar un acceso igualitario y equitativo de justicia a todos (...) En la medida que este siga siendo el objetivo principal (de la promoción) de los SARC y en que continuemos en centrar la atención en el rol primordial de los valores públicos que informan el derecho, el progreso del movimiento SARC en el futuro sobrepasará al del pasado”: EDWARDS (1986), p. 684.

<sup>1238</sup> DELGADO (2016), p. 249.

<sup>1239</sup> EDWARDS (1986), p. 679.

<sup>1240</sup> DELGADO (2016), p. 247.

<sup>1241</sup> PALOMO ET AL (2016) (B), p. 279.

<sup>1242</sup> TARUFFO (2008), p. 200.

<sup>1243</sup> RESNIK (2003), p. 193.

<sup>1244</sup> Con referencia al entonces Presidente de la Corte Suprema, Sergio Muñoz: BARRÍA (2016), p. 297.

<sup>1245</sup> RIEGO ET AL (2015), p. 17.

<sup>1246</sup> PNCPC, Mensaje, p. 26.

<sup>1247</sup> VIAL (2006), p. 720.

entidades jurisdiccionales. Varios ejemplos hemos proporcionado en los capítulos anteriores en que se demostró que la experiencia comparada del medio angloamericano ha demostrado lo crucial de este compromiso dogmático-legislativo-forense, que no puede soslayarse<sup>1248</sup>.

En este punto, estimamos de rigor detenernos para formular de manera previa algunas digresiones del todo necesarias y que, como se verá, enlazan directamente con el debate en torno a la “*elefantiasis*” que parece afectar a los principios en el contexto de nuestros procesos de reformas. Tan crucial estimamos la necesidad de tomar partido inmediato en este debate, que una de las máximas a las cuales adherimos firmemente, se ha empleado como encabezamiento ya no de sólo un capítulo, sino que de toda nuestra investigación pues entendemos que esta manera de entender lo que se ha dado en llamar “*el ocaso de los principios*” es la que debe imperar el diseño de un proceso de reforma que pretende poner de realce los derechos fundamentales de los afectados que deben recurrir al sistema de enjuiciamiento civil: “*Cuando los fundamentos racionales del contexto institucional se debilitan, doctrinas y prácticas que hasta ese entonces investían una autoridad esencial, tornan crecientemente en simples tecnicismos, rituales legales carentes de sentido profundo*”<sup>1249</sup>.

Ocurre, en este sentido, que una reforma que se plantea como derrotero válido la sustitución de un diseño de enjuiciamiento más que centenario pone en crisis, precisamente, el fundamento del contexto institucional, emplazando en tela de juicio la racionalidad de aquellos modelos que se pretenden sustituir, como ocurre, por ejemplo, con la estructura plurifásica del proceso o con su inclinación casi excluyente en pos de la escrituración, tradicionalmente entendida esta última como base del proceso burocrático, por expedientes, y herramienta privilegiada

---

<sup>1248</sup> Ejemplo de lo que se dice, lo constituye la frustrada introducción de la CJRA en los Estados Unidos a comienzos de los años 90 del siglo pasado que ya tuvimos la oportunidad de analizar. Una escasa claridad de los objetivos propuestos (atribuida a la “*discutible bendición*” de provenir ella del Congreso y no de los Comités Asesores de la Corte Suprema) condujo a una reforma que, finalmente, no logró otro objetivo que el demostrar la manera en que no debía emprenderse estas empresas en el futuro, sumado a la constatación de lo débil que resultaban las decisiones que, en este ámbito, se adoptan sin considerar la opinión del foro y sus operadores: CHASE (2006), p. 170. Otro ejemplo lo constituye el frustrado esfuerzo por implantar sistemas civiles de mediación obligatoria en Inglaterra y especialmente en áreas en las que se percibía una especial prevalencia de conflictos que no llegaban a ser apropiadamente resueltos por las dificultades que entrañaba el acceso a los medios formales de resolución de litigios. Nuevamente, debido a una escasa claridad de los objetivos y la manera como ellos habían de impregnar la nueva institucionalidad, condujeron a logros débiles e inconsistentes, lejanos a los ambiciosos objetivos originalmente planteados que, en el desarrollo de los programas, parecen haberse difuminado en consideraciones de otro orden: GENN (2007), pp. 203-205.

<sup>1249</sup> DAMASKA (1997), p. 6.

para el combate de la discrecionalidad judicial<sup>1250</sup> cuya revisión ha llevado, sin embargo, a extremos inaceptables, al poner en un verdadero pedestal de intangibilidad a la oralidad como si ésta hubiese venido a reemplazar a la escrituración como remedio para todos los males que se le atribuyen al sistema, atribuyéndole un carácter de principio formativo elemental del que, en verdad, carece, y así se ha advertido ya desde las más diversas tribunas<sup>1251</sup>. Se corre, pues, el riesgo que anuncia la dogmática más autorizada, de banalizar el sustrato dogmático de los verdaderos principios pues: “...cuando todo son principios, nada es principio”<sup>1252</sup>.

Es hora, pues de subsumir la lectura de los verdaderos principios formativos en nociones de pragmatismo del cual la escuela inglesa es avanzado exponente<sup>1253</sup>, y que a través de la consagración del “*overriding objective*” da buena cuenta de su adopción, pues se trata de un ejemplo paradigmático de una consagración positivizada (¡en un modelo *common law*!) de la manera como un solo principio (el de asignación equitativa, eficiente, eficaz y racional de los recursos del aparato de justicia) debe inspirar la intervención del aparato jurisdiccional a través de las herramientas, instituciones y máximas que la propia norma contempla<sup>1254</sup>, poniendo así en una justa proporción, debidamente contrastada, los principios con nociones operativas de rango inferior, susceptibles de ser moduladas en el curso del proceso. Justificará ello, por lo tanto, una nueva (y profunda) lectura del actual

---

<sup>1250</sup> Origen a su vez de la máxima germinal de la escrituración: “*Quod non est in actis non est in hoc Mundo*”: DAMASKA (2000), p. 62.

<sup>1251</sup> Por todos: NIEVA (2010), p. 41.

<sup>1252</sup> DE LA OLIVA (2012), pp. 245-246. Enlazando de inmediato con la gravedad del fenómeno que denuncia, el autor en cita agregará: “(...) *lo mismo sucede –y con impaciencia lo repito una y otra vez- cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina “derecho”: cuando todos son “derechos”, nada es derecho. Semejante amplitud conceptual no conduce a nada positivo*”, tras lo cual toma sobre sí la espinuda cuestión de perfilar lo que sí debe ocupar dicho sitio: “*Principio es lo que constituye un origen y determina sus diferencias esenciales. Si denominamos ‘principio’ a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. Y no parece razonable, por ejemplo, equiparar el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado ‘principio’ de economía procesal. Los genuinos principios (los del proceso como los relativos a otras realidades) presentan, en sentido etimológico, un carácter radical (del latín *radex-icis*: raíz) por su relación íntima con dos necesidades primarias. En primer lugar, la de superar de verdad una situación de autotutela o ‘justicia privada’, para lo que ha de darse satisfacción a unos pocos criterios que concretan aspiraciones de justicia universalmente sentidas. En segundo lugar, la de ajustar máximamente el instrumento procesal a la finalidad de tutelar eficazmente los diversos tipos de derechos subjetivos y las muy diferentes parcelas del Derecho objetivo*”. Esta escuela dogmática, esencial para un entendimiento racional, científico de las bases del procedimiento de reformas, ha calado hondo en la dogmática nacional y dejan sus huellas en el PNCP. Así en PALOMO (2015), p. 63. El aporte, también desde nuestro propio medio, ha sido calificado sin vacilaciones como “magistral” y “principal” para la lectura de la forma en que los modelos ideados en torno a la oralidad se emplazan en la propuesta regulatoria actual: DELGADO (2015), p. 266.

<sup>1253</sup> ANDREWS (2012), p. 256.

<sup>1254</sup> DE PRADA ET AL (2014), p. 10.

título I del Libro I del Proyecto de Código Procesal Civil a fin de definir, en definitiva, si todas las entidades que se pretende presentar como principios generales son en realidad, tales.

**1.2.5-** Directamente enlazado con las nociones recién expuestas y la manera como ellas afectan a nuestros procesos de reforma se hace necesario poner de realce que se ha hecho ya casi un lugar común objetar con vehemencia aquellos cambios normativos que no presentan un cambio sustancial de paradigmas, sino que simples modificaciones parciales de la situación pre-existente, como ha sido la mecánica confesa que, por más de cien años, se ha aplicado en Chile, con discutible éxito, para obtener una optimización de la justicia civil<sup>1255</sup>. Constituyen éstas las así llamadas soluciones “de parcheo”<sup>1256</sup>, por el escaso aporte que ellas representan al tratar de superar reparos de una envergadura contenida, menor, frente a la imperiosa necesidad de contar con una reforma integral que de la mano del cambio radical que se reclama, ofrezca todo un nuevo conjunto de soluciones y alternativas a la mayor cantidad de reparos posible dentro de una institucionalidad íntegramente revisada, tenida ésta como una especial virtud de la proyectada reforma<sup>1257</sup>. Asumiendo la veracidad de este aserto (la superioridad cualitativa de una reforma integral por sobre las modificaciones parciales)<sup>1258</sup>, sostendremos que resulta necesario centrar la mirada en lo que podríamos llamar la “premisa mayor” que la sustenta, eso es, en la necesidad, ya proclamada por nuestros reformadores, de insertar una reforma integral, completa, al proceso civil chileno.

Decimos que es necesario consignar el punto anterior por cuanto, de ser otro el partido adoptado, esto es, de haberse estimado, o sostenerse aún, que el modelo tradicional de juicio de lato conocimiento, multifásico, principalmente escrito, adversarial de partes y de marcada pasividad judicial de nuestro Código de

---

<sup>1255</sup> PIEDRABUENA (1989), p. 642.

<sup>1256</sup> Por todos: PALOMO ET AL (2016) (A), p. 88.

<sup>1257</sup> PALOMO (2015), p. 67.

<sup>1258</sup> En sede comparada y, en particular, en el ordenamiento estadounidense, este género de reclamos ocupan también un lugar relevante, cuestión de toda lógica si se considera que las bases fundamentales del modelo que diseñaron las FRCP de 1938 datan, como se expuso antes, de comienzos del siglo XX y algunas de sus instituciones, de una data casi incunable. Cuando en 1980 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en uso de las potestades legislativas delegadas por la ley de 1934, puso en marcha una contenida reforma destinada a confinar el marco de funcionamiento de las reglas del *discovery*, uno de sus propios integrantes, el juez Lewis F. Powella Jr. Manifestó que: “*La aceptación por parte del Congreso (esto es, la ausencia de ejercicio de la potestad de veto que le entrega la propia ley delegatoria de facultades de 1934) de estos cambios de parche dilatará por años la adopción de reformas genuinamente efectivas*”. Así en TOBIAS (2001), pp. 876-877.

Procedimiento Civil<sup>1259</sup>, debidamente actualizado, si tenía y mantiene aún la potencialidad de afrontar las demandas del siglo XXI, entonces las vilipendiadas soluciones “de parcheo” sí resultarían ser una alternativa válida y en esa línea se ha proclamado que en la tendencia reformadora: “...habrá que considerar una adecuación a una línea de equilibrio y moderación, en el sentido de tenerse en cuenta las exigencias sociales y económicas a las cuales el nuevo ordenamiento tendrá que hacer frente y los referentes ofrecidos por códigos procesales más perfeccionados, pero sin que un afán de modernismo jurídico no siempre justificado haga tabla rasa de nuestra legislación tradicional en lo tocante al régimen de enjuiciar materias de derecho privado...”<sup>1260</sup>. Es por ello que pudo sostenerse válidamente, a más de una década de distancia del aserto anterior, que: “Es sencillo imaginar que el juicio ordinario de mayor cuantía civil no es malo en sí mismo, sino que su principal problema radica en la inusitada demora asociada a su exitosa finalización...”<sup>1261</sup>, punto en este último en que radica, en definitiva, el principal reparo<sup>1262</sup> que, al igual que en los ordenamientos comparados, se ha perpetuado en el tiempo y cuya superación, en esta línea de razonamiento, podría encontrarse fácilmente en la asignación suficiente de recursos materiales y humanos<sup>1263</sup>, sin correr el riesgo que entraña afectar la sustancia del mecanismo de enjuiciamiento civil<sup>1264</sup>.

---

<sup>1259</sup> Modelo cuyo origen se puede rastrear hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y que, por lo tanto, hunde raíces profundas en modelos medioevales, pues: “...la citada Ley de Enjuiciamiento Civil no pasó de ser una simple sistematización y leve actualización de las normas procesales civiles contenidas en Las Partidas de Alfonso X “El Sabio”. Nuestro legislador histórico perdió la oportunidad de realizar un cambio profundo en esta materia. En definitiva, no se dejó seducir por los Códigos más modernos de la época (...) El legislador optó por una salida conservadora, la de mantener el *satus quo*”. Así en NÚÑEZ (2005), pp. 175-176.

<sup>1260</sup> OBERG (2003), p. 169. No parece ocioso recordar, en este orden de ideas, que la casa de estudios que cobija la publicación que contiene la referencia en cita (la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo) patrocinó un “Proyecto Alternativo al Código Procesal Civil” que mantiene, en su línea gruesa, un modelo juicio primordialmente escrito, multifásico, notoriamente divergente del PNCPC en actual desarrollo.

<sup>1261</sup> DELGADO (2016), p. 244.

<sup>1262</sup> NÚÑEZ (2005), p. 177.

<sup>1263</sup> PIETRABUENA (1997), p. 409. Tratando de alcanzar una solución de equilibrio, el doctrinante en cita proclama que: “No creo que si se ataca únicamente el problema económico solucionaremos el problema de la justicia, pero al mismo tiempo me parece que es inútil e intrascendente hacer reformas que soslayan el tema esencial y vital de la justicia, cual es una mejor consideración de los poderes públicos por su situación económica, material y de capacitación”.

<sup>1264</sup> Por todos: PIETRABUENA (1989), p. 649: “...en todas (las reformas procesales al Código de Procedimiento Civil) la preocupación es casi la misma: La lentitud del juicio civil y de qué modo se puede agilizar el procedimiento para que los conflictos se resuelvan de la manera más breve, pero sin sacrificar las debidas garantías del proceso. La duda que siempre subsiste después de todas estas modificaciones que, pese a los altos propósitos del legislador, las reformas siempre se hacen insuficientes (...) Existen otros factores que exceden el marco de las reglas de procedimiento que conspiran contra una eficiente y moderna administración de justicia, a saber, las necesarias

Insistimos; no nos hemos propuesto como meta de esta investigación debatir la validez o potencialidad que representa la reforma integral propuesta a través del Proyecto de Código Procesal Civil, pero el deber de rigurosa objetividad que debe imperar todo proceso de averiguación científica, nos obliga a consignar que en el preciso devenir temporal por el que se encuentra transitando la reforma procesal civil, es altamente probable que el modelo tradicional de enjuiciamiento que establece del Código de Procedimiento Civil responda de manera favorable al *aggiornamento* que ha significado, por ejemplo, la introducción de la tramitación civil electrónica<sup>1265</sup>, que se ha visto traducida, tras los esperables ripios iniciales de la puesta en marcha, en favorables índices de descongestión y de tiempos respuesta a los operadores. De hecho, la escasa información empírica disponible parece apuntar en el sentido que el modelo en actual vigencia reacciona de manera favorable ante la introducción de reglas destinadas a simplificar y “alivianar” de formalidades el procedimiento<sup>1266</sup>.

Si a la ya mencionada reforma “de parcheo” se sumare, además, la monumental reducción de la carga de trabajo que pudiese representar el retiro de los juicios de cobranza ejecutiva a oficinas de ejecución autónomas con control jurisdiccional<sup>1267</sup>, reclamadas desde antes incluso del comienzo del proceso de reforma integral<sup>1268</sup>, se llegaría a un resultado muy relevante en términos de descongestión<sup>1269</sup>, y en definitiva, de facilitación del acceso a la justicia estatal que

---

*modificaciones orgánicas y/o estructurales del aparato judicial, incluyendo el problema de los medios económicos, el aumento de sus tribunales, la existencia de escuelas formadoras de jueces (...)*”. En este entendido, forzoso sería concluir, entonces, que tras la introducción de los programas obligatorios de formación de la Academia Judicial y la puesta en marcha de la tramitación judicial digital, el modelo de enjuiciamiento del Código de Procedimiento Civil se encuentra ya a medio camino (o quizás más allá) de alcanzar su estándar ideal.

<sup>1265</sup> MUÑOZ (2016), p. 20.

<sup>1266</sup> Con referencia a los estudios del juez Carlos Cerda emprendidos hace casi tres décadas y el efecto que habría tenido la introducción de las reformas de la ley 18.705, efectuando eso sí, a propósito de ello, relevantes reparos metodológicos: RIEGO ET AL (2015), pp. 37-38.

<sup>1267</sup> DELGADO (2016), p. 245.

<sup>1268</sup> PALOMO (2006), p. 450.

<sup>1269</sup> La información empírica disponible demuestra que los juicios de cobranza ejecutiva, incluyendo en ese conteo tanto la fase preparatoria de esa vía como los juicios propiamente tales, se habrían estabilizado en la última década en proporciones cercanas al 70% del total de los ingresos civiles y tendiendo al alza, de cuyo número el total de asuntos que, en definitiva, llegan a ser tramitados con oposición del ejecutado y revierten, por lo tanto, en asuntos contenciosos propiamente dichos, no alcanzarían porcentajes superiores a un dígito. Así en RIEGO ET AL (2015), pp. 23-25. Obsérvese que las mismas estadísticas demuestran que los asuntos verdaderamente contenciosos tampoco llegan siquiera al 5%, de donde se obtendría que de la totalidad de la carga de trabajo judicial, el porcentaje total de asuntos verdaderamente jurisdiccionales típicos, entendiendo por tales los contenciosos, no supera en caso alguno el 10%, cifra sorprendentemente cercana a los porcentajes de asuntos que ya se analizaron en capítulos anteriores y que hablaban de la baja proporción de litigios que llegan a concluir en un juicio “en forma” tanto en los Estados Unidos

hoy es difícil aún de predecir pero que, a no dudar, obligaría a los promotores de la reforma integral a revalidar, en línea con lo que se deja anunciado, los objetivos que se plantea ésta y cómo las instituciones y herramientas que ella contempla, son consonantes con el logro de aquellos y, en definitiva, funcionales a un cambio sustancialmente favorable a las condiciones en que se ofrece la solución de los conflictos civiles en nuestro medio hoy en día y que una mejoría del modelo en actual vigencia, por notoria que sea, no puede llegar a alcanzar en términos de protección reforzada de las garantías fundamentales en liza, extremo éste en absoluto pacífico, al menos para los dogmáticos nacionales del área del derecho sustantivo privado que han hecho públicas sus aprehensiones en torno a la adopción de un modelo que tocará, precisamente, la sustancia de los derechos y garantía de los interesados<sup>1270</sup>.

**1.2.6.-** La que se deja recién enunciada constituye, por cierto, una tarea política<sup>1271</sup> de primer orden<sup>1272</sup>, que obliga a superar enérgicamente vacilaciones e inconsistencias pues, como enseña el insigne tratadista Eduardo Couture: *“Como se comprende, la menos perspicaz de todas las fórmulas posibles, sería la que creyera que el problema de la lentitud de la justicia se arregla, simplemente,*

---

como en Inglaterra, interesante punto de convergencia que debe, sin embargo, ser analizado con una mayor detención a fin de detectar su valía subyacente.

<sup>1270</sup> En 2012, con motivo de la entrega del segundo Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil por parte del ejecutivo, un grupo de 83 Profesores de Derecho Civil y Privado de diversas Universidades del país, hicieron pública una carta dirigida al Ministerio de Justicia, y al Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, manifestando sus reparos en torno a la manera como aquél amenazaba con afectar derechos sustantivos de las personas mediante la introducción de determinadas institucionalidades nuevas (como la carga dinámica de la prueba o la asignación de nuevos roles a la Corte Suprema) que no habían sido suficientemente analizadas en su etapa de diseño. En términos aún generales, y en línea con lo que se vine de plantear en torno a la carga de trabajo de los tribunales tras la serie de procesos de reforma “de parcheo”, los académicos en cuestión planteaban: *“Ahora bien, más allá de las situaciones problemáticas que han podido ser someramente identificadas en esta carta, las que dan cuenta de la necesidad de discutir los alcances que tiene el Proyecto, es de nuestro interés realizar una reflexión final: con la exclusión de los juicios ejecutivos en el Proyecto, así como las exclusiones anteriores de las causas de familia, de los trámites de las sucesiones intestadas abiertas dentro del territorio de la República, de la responsabilidad civil por accidentes del trabajo, de los conflictos respecto de contratos de consumo de competencia de los juzgados de policía local, sumada al impacto de los compromisos y cláusulas compromisorias ¿para la resolución de qué clase de conflictos se aplicaría el Código Procesal Civil? Aún más, respecto de los conflictos que aún quedan dentro de la competencia de los tribunales civiles (conflictos contractuales civiles y comerciales y de responsabilidad civil), cabe la pregunta ¿es el sistema propuesto por el Proyecto una herramienta adecuada? A nuestro juicio puede serlo, pero no en su estado de redacción actual. No, al menos sin que se atienda a tres aspectos esenciales, a saber: la carencia de una acción civil de urgencia, la agresión a la seguridad jurídica que proviene de la regla que establece la carga probatoria dinámica y la dilución de la personalidad jurídica, y la débil preocupación por la unificación del derecho”.* Así en ALCALDE ET AL (2012), p. 590.

<sup>1271</sup> RIEGO ET AL (2015), p. 38.

<sup>1272</sup> RESNIK (2000), p. 979.

*acortando plazos, suprimiendo los incidentes, impidiendo tachar testigos o cercenando los recursos. Una reforma no es una receta curativa, sino un programa que, como se ha dicho, pertenece a la acción política. No es posible poner las manos en esa cosa tan preciosa que es la justicia, sin subordinar toda la obra a una consideración general de la misma dentro del orden institucional del país*<sup>1273</sup>.

Es cierto que el desafío de la congruencia y la necesaria armonía que demandan los diversos medios públicos de resolución de conflictos jurídicos entre sí, ofrecen una justificación de suyo relevante para fundamentar la reforzada promoción de la reforma integral que el Proyecto de Código Procesal Civil presenta, pero ello no es por sí solo suficiente si no se logra asociar esta noción a justificaciones sustantivas, vinculadas de manera concreta con la protección de garantías fundamentales, pues bien podría sostenerse en definitiva, en el caso que se describe, que un determinado modelo de enjuiciamiento, al que el propio colegislador le dirige “*una mirada agradecida*” como reza el Mensaje del NCPC, al que al menos hasta hace relativamente poco tiempo no se le achacaban (o no en exclusiva) los problemas de la administración de justicia civil<sup>1274</sup>, que además logra superar sus taras históricas y que alcanza un estándar de funcionamiento más que razonable si se le contrasta con su pasado inmediato merece, en definitiva, “una segunda oportunidad”, aún cuando ello implique renunciar al rol de supletoriedad que tradicionalmente le hemos asignado al proceso civil.

No puede olvidarse, en este último sentido, que derechamente no existe entre nosotros un insumo apreciable de investigación empírica suficiente que permita una elaboración dogmática definitiva sobre la misma y que de cuenta, en definitiva, de un estado incuestionado de la jurisdicción civil en Chile<sup>1275</sup>, sustento necesario e incluso imprescindible para cualquier proceso de reforma<sup>1276</sup>. Este reparo se encuentra, por lo demás, presente en los medios comparados angloamericanos, cuyos doctrinantes han arribado a la interesantísima (y utilísima)

---

<sup>1273</sup> Así en PIEDRABUENA (1997), p. 408.

<sup>1274</sup> NÚÑEZ (2005), p. 175.

<sup>1275</sup> RIEGO ET AL (2015), p. 48. Dan cuenta estos autores en su trabajo relativo al estado de la cuestión en Chile, que en los últimos 40 años se han desarrollado únicamente 4 estudios más o menos extendidos, con datos “duros” sobre la duración de los juicios civiles y las posibles causas del retraso que experimentan, advirtiendo reiteradamente, eso sí, que buena parte de ellos adolecen de defectos metodológicos que impiden extrapolar sus resultados, como se pretende de todo estudio científico de carácter empírico que pretenda ofrecer insumos de información relevante. En esta línea de razonamiento, se trataría ésta de una carencia que, en definitiva, impediría emprender la empresa reformadora sobre bases científicamente relevantes y sólidas, aún cuando se logre avanzar sobre ciertos puntos de consenso (como los obstáculos de acceso al sistema de los sectores más vulnerables o los problemas que representa la escrituración extrema), ello no implica que aquellos puedan ser abordados sin más.

<sup>1276</sup> KATZ (1993), p. 54.

conclusión que para contar con dicho insumo no basta, solamente, con el reporte de los operadores del foro y la magistratura si no se cuenta, nuevamente, con un determinado grado de elaboración científicamente imparcial<sup>1277</sup>.

No revestirán mayor valor o seriedad en este empeño, tampoco, los simples argumentos *“ad antiquetatem”* pues nuestra propia experiencia en materia de reformas (y la dogmática tantas veces citada ya<sup>1278</sup>) enseña que la simple novedad o pretendida modernidad, por populares que ellos sean<sup>1279</sup>, no representan, por si solos, valor alguno y que sólo el análisis profundo de los objetivos y su armonización con la demanda extendida por justicia civil, justamente contrastada y ampliamente debatida con los razonamientos que se dejan sucintamente consignados, logrará legitimar el cambio radical que se propone, sin perder de vista que: *“...el procedimiento, debe ser la sirviente y no la amante de la justicia”*<sup>1280</sup>.

### **1.3.- Los prevalentes conflictos de la congruencia.**

**1.3.1.-** En segundo término, pero no por ello menos relevante, y siempre imbricado con la imprescindible congruencia entre propósitos y nuevas institucionalidades, herramientas o técnicas, resulta del todo necesario dar cuenta de la vacilante línea que, hasta la fecha, se ha seguido en el anuncio de los proyectos que, hasta la fecha, enmarcan la reforma procesal civil y en el contenido concreto de éstos, sea cual fuere la sede desde la que emanan estos.

---

<sup>1277</sup> Subrayando la necesidad de complementar el análisis dogmático del dato empírico con el proceso de rigor científico, se ha sostenido, para el medio estadounidense, que: *“No desestimamos la experiencia práctica de la magistratura o del foro, quienes tienen mucho que decir acerca de los motivos que originan el costo y el retraso en la litigación al tiempo que ofrecen propuestas constructivas para mejorar el sistema judicial, pero somos escépticos en torno a que sólo ello entregue fundamentos suficientes para una reforma judicial. Por ejemplo, se necesita mayor información en torno a si una determinada propuesta debe ser adoptada de manera transversal en el ordenamiento o si debe acogerse sólo para algunos tipos de litigios. Existe, además, el riesgo que, finalmente, el remedio termine siendo peor que la enfermedad (...) Por último, la cultura y el contexto en que los abogados se desenvuelven es crítica para el éxito de cualquier esfuerzo de reforma. Los cambios más profundos tornan imposibles si los abogados no cambian un conjunto de tácticas, por otras”*. Así en BURBANK ET AL (1997), p. 677. Desde luego, se verifica también, por lo tanto, una falencia importante de la investigación del insumo empírico pero, además de ello, del procesamiento científico de la información que proporcione, como insumo, dicha elaboración.

<sup>1278</sup> Al introducirse las radicales reformas a la cúspide de la justicia civil en Inglaterra que introdujeron una Corte Suprema en reemplazo de la jurisdicción que por siglos desempeñó la Cámara de los Lores, uno de sus jueces (que dejaba de ser Lord de Justicia) reclamaba: *“¡Reformas!, ¡reformas!. No me hablen de reformas. ¿No es el actual estado de cosas lo suficientemente malo ya?”* Así en ANDREWS (2011), p. 374.

<sup>1279</sup> EDWARDS (1986), p. 668.

<sup>1280</sup> SUBRIN (1998), p. 739.

En este orden de ideas, desde luego, nos parece que merece una revisión profunda el hecho de anunciar que se propone como meta de la introducción de procesos reformados una privilegiada búsqueda de la verdad material<sup>1281</sup> y, a la vez, promover la adopción un modelo adversarial con una componente oral predominante, en que el dominio de las partes sobre las herramientas procedimentales se encuentra apenas en tensionado equilibrio (muy debatido, por lo demás) con las potestades jurisdiccionales oficiosas<sup>1282</sup>, ello por cuanto ya hemos explicado que, en realidad, la propuesta de este tipo de arquitecturas procesales antes que privilegiar el establecimiento (o restablecimiento, si se prefiere) de la verdad material, se fija como norte la resolución equitativa del conflicto, aún cuando en ese proceso se imponga renunciar a la exacerbada búsqueda de aquella<sup>1283</sup>. Así lo ha proclamado ya desde hace largo tiempo, por demás, y con potentes fundamentos, la sede comparada<sup>1284</sup>, que llega al extremo de reconocer que, en realidad, se trataría ésta (la empresa procesal de averiguación o “probática”) de una pseudo ciencia, sin olvidar que buena parte de la literatura, como lo sostienen dichos autores: “...*invita a sospechar que (efectivamente) existan siquiera hechos objetivos*”<sup>1285</sup>, máxima de profundas resonancias platónicas y epistemológicas cuyo profundo enraizamiento cultural no parece aconsejar su desdén sin más. De hecho, incluso los autores nacionales más cercanos a las corrientes que pudiesen ser motejadas de “verifilicas” se inclinan ante el hecho indesmentible de la cortedad de los medios que facilita el proceso judicial para el descubrimiento de la verdad razonada<sup>1286</sup>.

---

<sup>1281</sup> Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil (2012) p. 18.

<sup>1282</sup> Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil (2012) p. 17.

<sup>1283</sup> PALOMO (2015), p. 56-57.

<sup>1284</sup> Sustentando un interesantísimo paralelo con el método científico que el jurista anhela aplicar, se ha concluido, sin embargo, que: “*Estos asertos (aquellos vinculados a la búsqueda científica de la verdad material) que expresan, en sustancia, la esencia del método científico, inmediatamente desnudan la principal limitación de la evaluación científica de los sistemas procesales. No hay método científico válido que pueda poner a prueba el rasgo más importante que adjudicamos a favor de nuestros sistemas procesales, aquél que le atribuye la potencialidad de producir un recuento adecuado de hechos pasados. Por de pronto, ninguno de nosotros pretende que nuestros sistemas produzcan una verdad absoluta. El Profesor Taruffo, por ejemplo, ha argumentado que se impone, entre los sistemas legales del globo, una concepción ‘retórica’ de la prueba y de la verdad (...) Creo, sin embargo, que ese no es el modelo legal que le estamos presentando al público. Nosotros proclamamos que los resultados de los procedimientos ante tribunales vienen determinados por la aplicación del derecho a los hechos, y a nuestros mejores esfuerzos desplegados para obtenerlos. De hecho creo que a nosotros, los procesalistas, nos gusta creer eso precisamente. Y ocurre que los hechos relevantes yacen en el pasado*”. Así en CHASE (2006), p. 165.

<sup>1285</sup> SUBRIN (1998), p. 744.

<sup>1286</sup> “*Se trata, por consiguiente, de una verdad relativa derivada de la extensión y utilidad de las pruebas disponibles, única a la que se puede aspirar en un proceso judicial que es un contexto epistemológicamente imperfecto*”. Así en HUNTER (2011), p. 83.

No sorprenderá entonces que se enfatice, en ese medio, este género de reparos y que, en paralelo, se denuncien además, los esfuerzos por, ya no sólo convencer, sino que incluso propalar lo contrario, lo que permitiría basar políticas públicas en ello pues *“Un reparo consiste en que el propio modelo adversarial no es más que una forma de ‘ciencia basura’, al confiar en información prejuiciada entregada por las partes, ignorando o incluso sacando provecho de las parcialidades cognitivas que arroja como resultado decisiones cuestionables. Estos críticos reclaman que se demande una inversión exorbitante de recursos para alcanzar débiles estándares de conocimiento. Una objeción vinculada a la anterior (especialmente en los Estados Unidos) sostiene que el juicio de adjudicación tradicional entrega demasiadas herramientas traducidas en oportunidades procedimentales que le permitirán a los litigantes estratégicos enzarzarse en una serie de manipulaciones que, en definitiva, operarán en perjuicio de las partes y del público”*<sup>1287</sup>.

**1.3.2.-** No existe en realidad (y este es el supuesto base que se echa de menos como insumo básico de la promoción de los modelos reformados y que atenta, por tanto, contra la congruencia con sus objetivos), sustento dogmático en este sentido que permita sostener que la instauración de un modelo de enjuiciamiento adversarial de corte oral entregue herramientas o instancias que permitan alcanzar un estado de establecimiento privilegiado de la verdad histórica o material, como no sea aquél viejo reclamo del doctrinante estadounidense del siglo XIX: *“El contraexamen es la mejor herramienta que se ha inventado para descubrir la verdad”*<sup>1288</sup>, aserto que, por lo demás, no pierde un ápice de autoridad, en tanto no se entienda que se refiere a la verdad histórica sino que a la que proviene del contradictorio en forma.

En definitiva, dado que no resulta posible exigir al abogado litigante que asuma, en el carácter de operador forense partisano, el papel de un periodista o de un historiador en la reconstrucción de los hechos, tampoco puede pretenderse que el medio en que éste se desenvuelve ofrezca medios o herramientas destinadas a la reconstrucción material de hechos que yacen, todos ellos, en el pasado<sup>1289</sup>. La

---

<sup>1287</sup> RESNIK (2003), p. 183.

<sup>1288</sup> Aún cuando esta máxima se le atribuye a Wigmore, lo cierto es que sus raíces pueden seguirse hasta la obra de Bentham, quien: *“(…) favorecía un sistema procesal que resultare transversal a las distinciones tradicionales entre el juicio ‘inquisitivo’ o ‘adversarial’: muchas de sus ideas calzan con el primero de los modelos (por ejemplo, la potestad del juez de conducir interrogatorios), pero también promovía la confrontación de las partes y testigos en procedimiento orales confrontacionales y consideraba el contraexamen como aquél factor que redimía la tradición inglesa”*. Así en TWINING (1993), p. 384.

<sup>1289</sup> PALOMO (2015), pp. 56-57. Este autor (activo promotor de la reforma y participe en el proceso de la redacción del PNCPC de 2012, como integrante de un grupo de académicos que contribuyó con ideas y en la revisión de las propuestas) cita, a propósito de este punto, y con motivo de las repercusiones que una lectura “eficientista” de las facultades de gestión judicial pueden revestir, la obra de Cavallone y Taruffo que marca el debate contemporáneo, al menos en el medio

promoción activa de los objetivos de la reforma tendrá que versar, pues, en torno a la defensa de sus verdaderos fundamentos pues, de otra forma, ningún sentido serio, profundo y científicamente sustentable, tendrá el enorme despliegue de medios humanos y materiales que una reforma de tan amplia envergadura demanda<sup>1290</sup>.

**1.3.3.-** Esta inexplicable paradoja se ve agudizada aún más si se considera, en toda su extensión, la promoción pública de los SARC, aún desde la sede judicial<sup>1291</sup>, pues derechamente éstos no buscan, por su propia naturaleza, conducir a una resolución del conflicto basada en una reconstrucción histórica o material de los hechos<sup>1292</sup>, sino que, muy por el contrario, se fijan como meta aplacar en la medida de lo posible los extremos más agudos del diferendo en aras de su solución negociada y, sólo como un último recurso, echar mano a la decisión de un tercero ajeno a los intervinientes mediante una decisión heterónoma, ora en forma de un arbitraje o, en definitiva, a través del retorno a la judicatura estatal<sup>1293</sup>, tanto es así que se define, hace largo tiempo ya, que la legitimación social de los sistemas alternos se alcanza precisamente a través de la solución del conflicto y

---

continental, trabado entre los sectores que se han dado en llamar *verifílicos* y *verifóbicos* según la inclinación de unos y otros marque preferencias por los modelos de averiguación judicial (u oficial, al menos) relativamente amplia en pos de la verdad material, o de resolución de conflictos y aportación de prueba de partes respectivamente pues, en definitiva, el sistema por el cual se termina por inclinar el proyecto adopta un curso favorable a la segunda propuesta ello con el objetivo más o menos confeso de despejar la paradoja que se deja descrita en el texto principal y explicar la suerte de “solución de compromiso” que propone el proyecto al entregar, en este contexto, facultades de averiguación oficiosa al juez que, sin embargo, conforma uno de los nudos críticos debatidos en el Proyecto. Pervive, sin embargo, la paradoja descrita más arriba, sin perjuicio de lo cual parece interesante recordar que uno de los autores de la obra en cita, de amplia (y merecida) popularidad en nuestro medio, como lo es Michelle Taruffo, cuenta con profundos estudios comparados de los modelos adversariales del *common law* y, con ello, la investigación de primera fuente de aquellos modelos que apuestan, sin vacilación, por la resolución del conflicto como objetivo principal del proceso de resolución de conflictos.

<sup>1290</sup> En términos aún más amplios, que llegan a comprometer la forma de proteger fundadamente toda la institucionalidad judicial civil tradicional, contrastada con otros sistemas alternos e incluso con la radicación de potestades jurisdiccionales en agencias semi-judiciales o administrativas, se sostiene que: “...quienes piensan que el juicio adjudicativo tiene algo que ofrecer, estarían mejor empleados si comenzaran a explicar porqué deberíamos tener como aspiración la conservación del juzgamiento estatal, y porqué funcionarios públicos relativamente bien remunerados (los jueces estatales y federales) deben recibir potestades en tal sentido. Si hay un relato importante y propositivo (y no meramente propagandístico) que desarrollar en tal sentido en pos de la preservación de la institucionalidad judicial, con los jueces en su rol más conspicuo y porqué una cultura debe valorar, proteger, financiar, alentar y algunas veces hasta insistir en el juicio adjudicativo, entonces quienes crean en ello deben comenzar a predicar sus motivos pronto, pues se está tornando progresivamente más difícil escuchar sus reclamos”: RESNIK (1995), p. 263.

<sup>1291</sup> Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil (2012) p. 19.

<sup>1292</sup> SUBRIN (1987), p. 989.

<sup>1293</sup> PALOMO ET AL (2016) (B), p. 280.

de la manera en que encauzan los intereses de los intervinientes a la materialización de sus objetivos de forma simplificada y abierta<sup>1294</sup>.

Estas no salvadas contradicciones parecen responder, en realidad, a una exteriorización más bien errática de los objetivos de la reforma, al menos en lo que toca a la manera que ésta ha sido, hasta la fecha, insistimos, presentada y expuesta hacia la comunidad jurídica y, lo que es más grave, hacia los órganos encargados de adoptar la decisión de su puesta en marcha.

#### **1.4.- El estatuto de información del interviniente como pieza central de análisis.**

**1.4.1.-** Finalmente, y enlazando de manera directa con las hipótesis y objetivos propuestos para esta investigación, volveremos sobre el estatuto de información al litigante. Analizaremos en seguida, en línea con lo que llevamos expuesto hasta acá, los motivos que nos llevan a concluir que, en realidad, resulta por completo imposible proponer como un epítome de la transparencia, de la igualdad de armas y de la cooperación entre litigantes y el tribunal, un sistema de enjuiciamiento adversarial (y oral, o al menos semiescrito) bifásico sin antes hacerse debidamente cargo de la manera en que se logrará el objetivo de informar debidamente a los interesados acerca de las verdaderas fortalezas y debilidades de sus respectivas defensas, mediante la entrega de los antecedentes fundantes de las mismas o, al menos, de la posibilidad de reclamar su entrega (o su puesta a disposición) en un proceso previo, ante judicial y necesario de facilitación recíproca de información relevante, que será la herramienta que permitirá perfilar de manera definitiva la forma en que se enderezará (o no) la litigación.

La omisión de esta crucial institucionalidad, modelada en los medios comparados precisamente a propósito de juicios bifásicos adversariales, importa perpetuar una litigación “a ciegas”, en que los intervinientes privilegiarán la búsqueda de la sorpresa (o protegerse de ella) antes que verter esfuerzos en la mejor defensa de la sustancia de sus derechos<sup>1295</sup>. Aún más grave resulta proponer un estatuto

---

<sup>1294</sup> RESNIK (1995), p. 226.

<sup>1295</sup> Nos estamos refiriendo, desde luego, a la institucionalidad del *discovery* o del *disclosure* pero modulados a los requerimientos que, objetivamente, presenta el litigio. No puede perderse de vista, en este sentido, que tal y como se describió en el capítulo anterior, la ampliación indiscriminada, incontrolada de las potestades que se le concedan a los litigantes vinculados con su acceso a la información explica, en una medida no desdeñable, el auge de los SARC en toda su amplia variedad, entendiéndolo que ellos ofrecen una instancia de descubrimiento de duración y extensión contenidas. Por todos: RESNIK (1995), p. 225. Constituye ésta, sin lugar a dudas, una nueva demostración de una verdadera paradoja procesal que reina con especial potencia en los medios del *common law*: mientras mayores son los esfuerzos y recursos humanos y materiales desplegados para optimizar la manera en que la oferta de justicia civil estatal llega a los interesados, mayor parece ser, también, la inclinación de éstos a favor de las soluciones negociadas de los que los SARC son muestra sustancial: “Es tal vez irónico que, a pesar de la

privilegiado de SARC sin considerar que el eventualmente afectado simplemente no se encontrará en pie de tomar una decisión adecuada y preferirá recurrir a la expedición “de pesca” que implica la apuesta de seguir adelante (o dar formal inicio) al juicio estatal. No deberá sorprender, de perseverarse en este desmejorado estado de cosas, que en definitiva la tan anunciada promoción de los SARC se quede, nuevamente, en eso, en un anuncio más o menos extendido, en la propalación panfletaria e irrelevante que nada logrará ante índices de adhesión casi insignificantes a las instituciones que conforman aquellos, resultado “de suma cero” que nuestra legislación procesal civil, lamentablemente, ya ha conocido en el pasado<sup>1296</sup>, a menos que se opte, claro está, por modelos de referencia obligatoria, con la serie de reparos que ello importa incluso a partir de la propia

---

*intensa actividad destinada a reformar, mejorar y perfeccionar los procesos civiles, la demanda de medios alternativos de justicia civil no haya disminuido, sino que, por el contrario, ha aumentado. De hecho no parece pesimista, sino más bien una conclusión realista y afianzada en una larga experiencia, sostener que los modernos sistemas judiciales (fuentes de ‘justicia pública’) es poco probable que mejores, a tal punto que la mediación y el arbitraje (fuentes de ‘justicia privada’) puedan dejar de ser formas atractivas y alternativas de justicia”: ANDREWS (2012), p. 254. Este es el punto de anclaje irrenunciable para la alianza íntima de los SARC con la justicia estatal y la manera cómo el estatuto adecuado de información abre el cauce en esa dirección.*

<sup>1296</sup> Ejemplificando lo que se lleva dicho con el caso de varias institucionalidades introducidas mediante la reforma al Código de Procedimiento Civil de la ley 7.760, de 1944 nunca fueron, en definitiva, aplicadas del todo, obligando al legislador al inaudito expediente de verse obligado a reiterarlas de manera enérgica y expresa en la ley 18.705, más de cuarenta años más tarde: PIEDRABUENA (1989), pp. 645-646. Culmina por cuestionarse este autor lo que nos parece debe conformar la médula del asunto: “*Cabe reflexionar cuáles son las causas reales por las cuales los tribunales no aplican las nuevas reglas en materia de procedimiento, pese a que están explicitadas claramente en la ley, en su historia y en la explicación de la cátedra*”, reiterando un desafío mayor a enfrentar en todo proceso de reforma pues: “*Requerimos saber cuáles (prácticas del foro y la magistratura) resultan problemáticas, cuáles son sus causas e incentivos para su permanencia. Si no se comprenden de manera acabada y se atacan directamente, es muy probable que las prácticas problemáticas tiendan a reproducirse en cuanto las condicionantes, que las han generado y sostenido, se mantengan*”. Así en RIEGO ET AL (2015), p. 49. A miles de kilómetros de distancia y separado por décadas del primer aserto, se verifica, acá, un interesantísimo punto de contacto con la dogmática inglesa post-CPR al afirmar esta última que: “*La calidad de la justicia civil es un resultado de dos factores. (1) el diseño del procedimiento civil, y (2) la medida en que esas reglas procesales son aplicadas por los tribunales y respetadas por las partes. Sin importar cuán sensato o bien diseñado un código procesal pueda ser, fracasará en su objetivo de alcanzar resultados satisfactorios si los litigantes no observan sus reglas. Aún cuando este es un factor que subraya su evidencia por sí mismo en cualquier mecanismo procedimental, la mayor parte de los sistemas parecen tener dificultades para enfocarlo (...) La razón de esto radica en la tensión que se produce entre la necesidad de hacer cumplir las reglas y la renuencia a decidir litigios en base a motivos procesales por sobre a razones de mérito de fondo (...) El desafío que enfrenta la administración de justicia civil consiste en asegurar el funcionamiento equitativo de un sistema basado tanto en sus reglas como capaz de producir, en definitiva, resultados fundados en los meritos (del caso)*”. Así en ZUCKERMAN (2006), pp. 143-144.

esencia de los sistemas alternos y que, por lo demás, tampoco han sido desarrollados del todo<sup>1297</sup>.

Este fenómeno, que amenaza con arriesgar otro de los objetivos de la reforma, se puede atribuir, derechamente, y en preponderante medida, a una mermada presencia y desarrollo de las institucionalidades de entrega de información pertinente al interior de las entidades procesales que se pretende implantar en nuestro medio y que terminarán, en definitiva, parafraseando a Mirjian Damaska, a la deriva, huérfanas de orientación y carentes de sentido jurídico profundo, ello a menos que validemos, claro está, como parte de las estrategias de litigación, la sorpresa, la emboscada, el ocultamiento de antecedentes o el abuso de información privilegiada, aserto este que no resiste ningún análisis serio, consustancial a la profundidad y gravedad de las garantías en juego y que resulte armónico, en definitiva, con la colaboración sustancial que es dable exigir de los intervinientes en un modelo de litigación basado en el equilibrio de los deberes de éstos, cuya ausencia se viene echando en falta, entre nosotros, desde hace décadas<sup>1298</sup>.

**1.4.2.-** Los explicables obstáculos y bemoles que puede presentar el desarrollo de los modelos procesales para sus operadores y para toda la comunidad a lo largo de los años, ha dado origen, como se explicó, a una crítica generalizada y prevalente, cristalizada en reparos dirigidos hacia la administración de justicia y su incapacidad de resolver de manera universalmente accesible, sencilla, eficiente, equitativa y económica, los diferendos que afectan a los interesados destinatarios de sus servicios y a cuya disposición deben entenderse diseñadas sus instituciones<sup>1299</sup>. Hemos dado suficientes muestras ya de un fenómeno que debe

---

<sup>1297</sup> KATZ (1993), pp. 52-54. Sugiere esta autora que las tan promocionadas cifras de desjudicialización que habrían logrado los SARC de referencia obligatoria en los Estados Unidos, en realidad, abarcan asuntos que, de todas maneras, se habrían cerrado mediante una negociación directa entre partes y es por ello que sostiene que: “...dado que el surgimiento de los SARC se ha visto eclipsado por los métodos de gestión judicial como el medio preferido para aliviar la recarga judicial de trabajo y los procedimientos de costos siempre crecientes, se producirá mucho menos presión por parte de los tribunales y otros por introducir mecanismos SARC obligatorios”.

<sup>1298</sup> Se sostenía hace dos décadas, antes que se emprendieran los trabajos de reforma procesal civil, como principio que había de orientar las mismas que: “Otra materia que es insoslayable en la reforma procesal es la relativa a la conducta y colaboración de los abogados a la justicia”, y en tal sentido, se citaba al Profesor Fernando Alessandri quien en 1944, a propósito de la dictación de la ley 7.760, afirmaba en este punto que: “Desempeñamos (los abogados) una función pública. Nuestra labor es aclarar y no oscurecer, facilitar la labor de los tribunales y no complicarla. Faltamos gravemente a nuestros deberes profesionales si utilizamos los medios procesales, que la ley concede para fines de utilidad general, para retardar y demorar las tramitaciones judiciales”. Así en PIEDRABUENA (1997), p. 406. No parece posible discutir que la litigación “por emboscada” constituye un proceder paradigmáticamente contrario a estas nociones fundamentales.

<sup>1299</sup> NÚÑEZ (2009), p. 10.

resultar habitual para operadores, investigadores y legisladores en todo tipo de ordenamientos.

Lo que no resulta tan habitual de comprobar, y es éste el punto en el que nos interesa centrar la mirada ahora, es que las críticas que se vienen de referir no son sólo recurrentes en el tiempo sino que son, además, transversales a los ordenamientos y, aún más, a las familias jurídicas, si es que es posible emplear aún esta terminología, debilitada ya por la comparatística contemporánea<sup>1300</sup>. Es posible, sin embargo, atribuir a este último fenómeno, traducido en la progresiva debilitación de las fronteras que, en lo que nos interesa, dividieron por centurias los ordenamientos así llamados del “*common law*” y los continentales (con lo cuestionable que resulta, también, emplear estos conceptos<sup>1301</sup>), el resultado que se viene de exponer: dado que los medios angloamericanos y continentales ya no sólo superan divergencias sustantivas entre sí, sino que marchan aceleradamente hacia una convergencia relevante y progresiva<sup>1302</sup>, resultará por entero lógico concluir que los reparos que se formulen hacia sus institutos procesales en general y hacia sus modelos de enjuiciamiento civil en particular, se encuentren hermanados, presentes y difundidos, con matices y acentos distintos, en todo caso, entre todos los ordenamientos. Creemos, sin embargo, que es posible (y necesario) ir todavía un paso más allá en el análisis propuesto.

**1.4.3.-** En congruencia con las conclusiones a las que arriban doctrinantes presentes en ambos campos, autorizados exponentes de quienes hemos tenido la oportunidad de citar, y en armonía con lo que se anunciaba con precedencia, es razonablemente posible y legítimo identificar el estadio actual de nuestro aparato de juzgamiento estatal civil, que se apresta a enfrentar un proceso decisivo de reformas, con aquél que se encontraba presente, en determinados momentos históricos (y no demasiado lejanos) en los medios estadounidense e inglés, con

---

<sup>1300</sup> Por todos: VAN RHEE (2011), p. 18.

<sup>1301</sup> Siguiendo la línea de lo que ya se ha planteado en capítulos anteriores, se sostiene por autores tanto angloamericanos como continentales que: “*En armonía con la tradicional distinción de las dos grandes familias en el derecho comparado, por largo tiempo se ha hecho común contrastar procedimientos del civil y del common law y echar mano a este antagonismo para todas y cada una de las cuestiones que presente el derecho procesal, incluyendo en ello las estructuras de los procedimientos. En términos generales, esta distinción puede revestir algún valor hoy en día en relación con variadas cuestiones. Sin embargo, en la medida que atañe a la estructuración del procedimiento, ha perdido mucho de su valor descriptivo. La razón de esto radica en que las reformas procesales en algunos países que, en una primera instancia, habían pasado casi desapercibidas, han acarreado consecuencias similares sobre las estructuras de los procedimientos*”. Así en STÜRNER ET AL (2013), p. 348. En idéntico sentido, subrayando además la contraposición entre ideologías y pragmatismo: TARUFFO (2006), p. 77.

<sup>1302</sup> GONZÁLEZ (2006), p. 377.

una explosión en los niveles de demanda por litigación<sup>1303</sup>, los que originan un sentir común de ineficiencia del aparato para satisfacer la misma<sup>1304</sup> que no necesariamente se traduce en una opción masiva en pos de sistemas alternos de solución de conflictos sin que medie, desde luego, una promoción pública de los mismos<sup>1305</sup>, teniendo muy particularmente presente que hace más de veinte años ya se describía, en el medio estadounidense, cómo la retórica surgida en torno al movimiento ADR lograba empañar el verdadero (y aparentemente escaso) alcance y éxito que éste había logrado<sup>1306</sup>. Se trata, en definitiva, de: *“...una creciente pérdida de confianza (y de respeto) por la judicatura, sino que además una menguante comprensión del rol que los jueces y un poder ejecutivo independiente juegan en pos de la protección y materialización, incluso compulsiva, de las garantías de las personas”*<sup>1307</sup>.

No nos referimos acá (o no exclusivamente) a la prevalencia y similitud de los reparos vinculados al acceso, a la calidad, al costo o a las demoras que presenta en su tramitación el juicio civil tradicional, de los cuales la literatura da buena cuenta y ya nos hemos referido con anterioridad. En cambio, se trata de sostener que la perspectiva a partir de la cual se enfocan los procesos de reforma dibuja, también, paralelos de importancia que es necesario considerar en su justa medida. Un ejemplo claro de lo que se viene de sostener se puede encontrar en la ya mencionada y extendida política pública de promoción de los SARC presente en nuestro medio. Harry T. Edwards, tenido como uno de los principales dogmáticos del movimiento ADR en los Estados Unidos enseñaba, a mediados de la década de los '80 del siglo pasado, que en un medio en que aquél proceso se encontraba aún en una “etapa formativa”, se imponía la necesidad de efectuar un extenso proceso de aprendizaje en torno a la potencialidad de los medios alternos<sup>1308</sup>. Agregaba este doctrinante, en este orden de ideas, que: *“Hoy, con el incremento de las quejas del público acerca de la ineficacia e injusticias en que incurre nuestro sistema judicial tradicional, el movimiento ADR ha atraído un enjambre de adherentes (...) Hay, por cierto, tiempos de bonanza para quienes se unen al movimiento ADR. Empero, y a pesar de ello, hay razones para preocuparse que el enjambre esté siguiendo un camino de colisión. La popularidad o el interés público no son indicadores seguros de un emprendimiento de calidad. Esto es*

---

<sup>1303</sup> Se ha sostenido, con todo, que en Chile existe una tasa reducida de litigiosidad, criterio que estaría fundado en una *“(...) tasa muy deficiente de abogados y jueces por 100.000 habitantes y mecanismos demasiado homogéneos e ineficientes para la resolución de las disputas”*. Así en PEÑA (2005), p. 125.

<sup>1304</sup> RESNIK (1986), p. 524.

<sup>1305</sup> RESNIK (1986, p. 544.

<sup>1306</sup> RESNIK (1995), p.233.

<sup>1307</sup> RESNIK (2000), p.1014.

<sup>1308</sup> EDWARDS (1986), p. 683.

*ciertamente aplicable a los ADR, pues existe escasa definición conceptual en el seno del movimiento y los motivos por los cuales algunos adhieren al mismo es cuestionable (...). Se ha sugerido también que algunos de quienes promueven los ADR como medios puestos al servicio de los pobres y oprimidos de la sociedad están fundamentalmente movidos, en realidad, por el deseo de restringir el trabajo de los tribunales en ciertas áreas que afectan los intereses de las minorías, los derechos fundamentales y las garantías ciudadanas*<sup>1309</sup>. Las palabras del juez federal y académico de Nueva York, Duke, Harvard y Michigan preservan indiscutida actualidad entre nosotros, con citas directas<sup>1310</sup> y otras que, ciertamente, parecen adoptar la forma en que tan autorizada fuente desarrolla la temática en comentario: *“Junto a los intentos de mejorar la eficiencia del proceso como instrumento esencial de la jurisdicción, los esfuerzos también han estado dirigidos a contemplar otros sistemas bajo el preconcepto que pueden brindar mejores resultados que el proceso judicial, que puede ser muy complejo, lento o costoso bajo la fórmula vigente. Han surgido (o allí donde existían se han intentado potenciar) una serie de sistemas de solución extrajudicial de conflictos, los que desde un inicio han generado un particular entusiasmo, similar al que ha acompañado a la fórmula de la oralidad en los procesos, sostenida por muchos como una verdadera panacea de los males de la justicia, en contraste a lo que su deficitaria implementación ha venido demostrando en muchas de las experiencias reformadoras*<sup>1311</sup>.

**1.4.4.-** El relevante examen de contraste que se expone se despliega, pues, a través de una serie de irrefutables paralelos que ya se han bosquejado y que permiten concluir, en una muy apretada síntesis, que, en definitiva, los procesos de reforma judicial en general y civil en particular dicen relación, todos ellos con la manera en que se distribuirá (o redistribuirá) el poder en su interior, en torno a sus instituciones y, estrechamente vinculado con dicha noción, con los medios que se activarán para, por una parte, reducir los costos y la demora en acceder a un sistema judicial cualitativamente eficaz y, por otra, para asegurar el acceso universal al mismo, objetivos estos dos subordinados, en definitiva, al primero<sup>1312</sup>, proceso que pone en relieve la imprescindible necesidad, ya apuntada, de lograr una congruencia entre objetivos de la reforma y la forma en que ellos se materializan en el nuevo modelo de distribución de potestades<sup>1313</sup>.

Las conclusiones que se vienen de exponer en los párrafos precedentes resultarán, por ende, de muy particular relevancia, pues serán aquellas las que

---

<sup>1309</sup> EDWARDS (1986), pp. 668-669.

<sup>1310</sup> NIEVA (2016), p. 263.

<sup>1311</sup> PALOMO ET AL (2016) (B), p. 280.

<sup>1312</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 676.

<sup>1313</sup> ZUCKERMAN (2009), p.56.

nos permitirán afirmar, en el mismo cauce de ideas y prácticamente como una consecuencia necesaria de ellas, que las herramientas que han resultado instrumentales para superar las debilidades e inconsistencias del modelo en los contextos comparados que sirven de base a la investigación, poseen la capacidad de ofrecer, lógicamente, idéntico servicio en apoyo de nuestro novísimo (y aún nonato) juicio civil adversarial de corte oral y dispositivo.

No pretendemos sostener acá que las diferencias en los modelos de enjuiciamiento en unos y otros sistemas no hayan existido en el pasado tanto como existen hoy, ni tampoco minimizar su importancia<sup>1314</sup>. Sin embargo, es el hecho que, tal como expresamos en los capítulos precedentes, muchos de los rasgos caracterizadores que marcaban especialmente, de manera más profunda, aquellas divergencias fueron, con el tiempo, mitigándose al extremo de subsistir casi como una presencia virtual, de muy escasa referencia empírica, como ocurre paradigmáticamente con el juicio por jurados o con la estructura bi-fásica del juicio civil, lo que de manera perfectamente natural, y quizás no percibida, puso en camino un fenómeno de convergencia que actualmente se encuentra en pleno desarrollo<sup>1315</sup>. Y por otra parte, no deja de ser cierto que la constatación de diagnósticos situacionales prácticamente idénticos al nuestro, pero descritos para las antípodas geográficas y culturales, no puede responder ya a una simple descripción anecdótica<sup>1316</sup>.

Tal vez no sea posible todavía afirmar, como sí lo hace un influyente autor, que *“Inglaterra dejó de ser una Isla”*<sup>1317</sup> pero, desde luego, la debilitación de esas

---

<sup>1314</sup> TARUFFO (2013), p. 27.

<sup>1315</sup> GONZÁLEZ (2006), p. 379.

<sup>1316</sup> Quizás no existan modelos que al observador y al doctrinante nacionales le resulten más lejanos, dogmática y culturalmente hablando, que los del lejano Oriente. Pues bien, describiendo los principales reparos a la situación previa a la introducción de las reformas procesal civiles en el territorio especial de Hong Kong, en marcha desde 2010, se señalaban las siguientes debilidades de la justicia civil: *“Es muy cara, con costos que irrogan un elemento de incertidumbre y habitualmente desproporcionados en relación con la naturaleza del asunto y los recursos de los potenciales litigantes; es demasiado lenta a la hora de ofrecer una conclusión al caso; pone en aplicación un sistema de reglas que imponen obligaciones procesales habitualmente desproporcionadas con la relevancia del caso; es demasiado susceptible de ser objeto de manipulaciones tácticas de aquellas reglas que permiten a las partes presentar una conducta obstruccionista y retardatoria del proceso; es excesivamente adversarial, dado que entrega el manejo de los casos en las manos de las partes y sus abogados más que en el tribunal y esto aún con reglas que son habitualmente ignoradas y derechamente no aplicadas; es incomprensible para la mayoría de los interesados sin que se haya hecho mucho para ponerlo al alcance de los litigantes en persona y tampoco promueve la igualdad entre litigantes adinerados y quienes no lo son”*: ZUCKERMAN (2009), p.50. El paralelo con el medio nacional es tan sorprendente como evidente.

<sup>1317</sup> ANDREWS (2011), p. 371. Desde luego, este autor escribe antes de verificarse el “Brexit” que ha puesto el ordenamiento jurídico inglés en marcha por un camino cuya dirección es, como se anunció antes, difícil de predecir.

tradicionales fronteras ofrece una explicación lógica y muy relevante para las similitudes que se pueden bosquejar en el estado de cosas que posiciona los ordenamientos en unas y otras latitudes en una línea de partida común que reconoce muy importantes puntos de contacto y con ello, la valiosísima oportunidad de analizar, como lo hemos venido haciendo, herramientas susceptibles de prestar interesantes funcionalidades en los modelos procesales reformados para alcanzar los objetivos que se han trazado éstos<sup>1318</sup>. Ésta última empresa demanda, eso sí, tener muy especialmente presente que este estado de cosas reclama ineludiblemente, en línea con lo analizado en el apartado inmediatamente precedente, la mantención de una línea congruente, lógica y racional, que posea la virtualidad de unir objetivos con diseños institucionales, proceso que a su vez pasa por enfrentar cuestiones tan elementales (pero no por ello menos cruciales, actuales y siempre presentes) como el rol y el imperio que se le pretende dar al derecho estatal en el ordenamiento social<sup>1319</sup>, contrastado con el significado, alcance y relevancia que se le entrega a la autonomía de la voluntad de las personas<sup>1320</sup> y con ello, la función, naturaleza e incluso la identidad (estatal o no) que se le conceda al órgano jurisdiccional<sup>1321</sup>. Con relevante fundamento se

---

<sup>1318</sup> El valor de este ejercicio comparatístico, que traza paralelos en los diagnósticos de ordenamientos empeñados en procesos de reforma ha sido, también, enfatizado desde la sede estadounidense: *“No se necesita adherir a la así (...) llamada “Teoría del Espejo” del derecho para sostener que en la mayoría de los sistemas legales, casi todo el tiempo, la percepción (precisa o no) de sus disfunciones son condiciones necesarias para el cambio y, a partir de ello, de la reforma. Dado que diversos ordenamientos legales pueden ofrecer un discurso en torno a idénticas percepciones de los problemas en la administración de la justicia civil, pero de manera diversa, una aproximación a ellos que busque, además, entender aquellos problemas pueden habilitar al investigador a fin de alcanzar un estándar de comprensión de los mismos y, luego, comparar, las soluciones propuestas”*. Así en BURBANK ET AL (1997), p. 675. La utilidad que, potencialmente, presenta el ejercicio de identificar el estado de cosas con los modelos comparados previo a emprender el ejercicio de reforma es, por lo tanto, universalmente reconocida.

<sup>1319</sup> DAMASKA (2000), p. 23.

<sup>1320</sup> Piénsese en este punto, solamente, en lo crucial que resulta la solución a este debate crítico para la adopción de los distintos modelos de SARC: Por una parte, se sostiene por la doctrina más fundada que el sistema alterno que se basa en promover la negociación y los acuerdos entre los interesados resultan ser cualitativamente superiores a aquellos que, por contraste, constituyen un símil de adjudicación a la justicia heterogénea estatal tradicional, ello por cuanto los primeros (y sólo ellos) dan como resultado un cumplimiento voluntario de largo plazo. Por otra parte, debe recordarse que se afirma, además, que la voluntariedad en la asignación y cumplimiento de un sistema alterno es tan relevante que: *“...el propio ADR se encuentra en riesgo si pasa a convertirse en parte obligatoria del aparato estatal (de resolución de conflictos”*. Así en: RESNIK (1995), p. 251. No parece posible, desde esta perspectiva, adoptar partido por un programa de abierta promoción de SARC sin contar con una definición clara, categórica, al rol que el sistema en general le asignará a la voluntad de las partes y a su libre iniciativa de trasladar su diferendo a un determinado sistema de resolución de los mismos.

<sup>1321</sup> Explicando cómo estos tópicos explican cuarenta años de evolución en la relación justicia estatal – SARC: RESNIK (1995), p. 228. Nótese cómo esta prolífica autora vuelve una y otra vez sobre la apremiante necesidad de subrayar y enriquecer el debate sobre los fundamentos esenciales del ordenamiento, ello a pesar (o quizás, precisamente debido a) de enmarcarse aquél

sostiene, como se advirtió, que la totalidad de los procesos de reforma del proceso civil en el medio estadounidense e inglés, se concentra en la forma en que se distribuirá el poder, tanto al interior del litigio institucionalizado, como en la confección de las normas (no necesariamente positivizadas en reglas estrictamente legales) que diseñan los modelos procesales y enderezan su operación. En todo ello, lo que define y caracteriza a los procesos de reforma es, por cierto, el diseño de la distribución de las potestades<sup>1322</sup>.

Es la que se viene de enunciar una tarea que, como ya indicamos, excede con mucho los objetivos dogmáticos anunciados en un comienzo de nuestro trabajo y por ello, suponen algún género de validación de dichos puntos en la manera en que ya se encuentran prevalentemente propuestos en nuestro medio, los que se asumen como insumos básicos de la investigación, y se consideran, a efectos de nuestro análisis, subyacentes al modelo de enjuiciamiento que propone el Proyecto de Código Procesal Civil en actual (y renovada) tramitación que, por cierto, enfrenta desafíos propios, énfasis y acentos autóctonos, como ocurre, paradigmáticamente, con las herramientas destinadas a obtener superación de la desigualdad que afecta a los litigantes más débiles en su acceso al aparato de resolución de conflictos<sup>1323</sup>, cuya ausencia constituye una amenaza constante a la funcionalidad del juicio civil adversarial en general desde la perspectiva de la protección de la garantía al debido proceso<sup>1324</sup>, a cuyo respecto el recurso privilegiado a los sistemas alternos de resolución de conflictos no termina de demostrar su virtualidad exhibiendo una efectiva reducción de costos o simplificación de procedimientos<sup>1325</sup>.

---

(en los Estados Unidos) en un estado de cosas que refleja más de dos siglos de evolución autóctona, enriquecida con el invaluable aporte que se espera de una sociedad multicultural, en que la inmigración ha jugado un rol esencial, también en la definición de sus estatutos jurídicos y que dirige una mirada cada vez más actual y crítica a sus propias bases fundamentales. Para una breve pero sustancial reflexión acerca del aporte jurídico de la inmigración en los Estados Unidos: GONZÁLEZ (2006), p. 404.

<sup>1322</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 699.

<sup>1323</sup> Muy presente también en el medio norteamericano, por demás: BURBANK ET AL (1997), p. 692.

<sup>1324</sup> TARUFFO (2008), pp. 56-59, advirtiendo, eso sí, que la cuestión de aseguramiento del acceso a la justicia a los litigantes pobres, en los Estados Unidos, es un asunto que se emplaza casi por completo fuera del proceso adversarial propiamente dicho, el que podrá, pues, desarrollarse manteniendo estándares regulares prescindiendo de los mecanismos de igualación de los litigantes: *“...la teoría del adversary system, considerada en sí misma, es del todo indiferente al problema de acceso a las cortes. Tratándose de una teoría del proceso, prescinde de la eventualidad de que un proceso no sea instaurado porque el potencial actor no disponga de los recursos necesarios para hacerlo. Garantía de acceso a las cortes y modelo adversary se sitúan por tanto en perspectivas distintas y autónomas, de tal manera que puede darse un proceso rigurosamente adversary aun cuando tal garantía no se materialice”*.

<sup>1325</sup> *“Justicia y eficiencia engloban los dos objetivos de los programas SARC obligatorios, y de ellos, la eficiencia ha asumido un rol de creciente importancia en los últimos años. Sin embargo,*

Muy por el contrario: el modelo comparado parece indicar que la asimetría que se observa, por ejemplo, a propósito de la redacción de cláusulas compromisorias tipo<sup>1326</sup>, termina por transmitirse a la sede jurisdiccional a la hora de recurrirse a ella para obtener la observancia de lo pactado o la concesión de apremios que permitan materializar lo resuelto (o “acordado”) en sede alterna<sup>1327</sup>, resultado éste que, lejos de mitigar el problema del acceso a la justicia, tiende a *osificar* un determinado “status quo”<sup>1328</sup>, favorable a los litigantes investidos de una potestad que les permita seleccionar el diseño de la sede alterna. Se puede constatar aquí nuevamente, por tanto, una relevante incongruencia que es necesario sortear, entre las consabidas inclinaciones “pro-SARC” de la reforma procesal civil y el acceso universal al sistema de resolución de conflictos, libre de asimetrías contingentes, cuya superación requiere, de manera urgente, adoptar fundamentales decisiones de corte político que, como no, dicen relación, nuevamente, con la forma en que se distribuirá el poder en los procesos reformados<sup>1329</sup>.

## **2.- La inexcusable (e inexplicable) omisión de un estatuto de información del litigante en los modelos de reforma. Institucionalidad fundamental y angular del juicio adversarial de corte oral.**

### **2.1.- Un diseño amenazado por una superable omisión.**

**2.1.1.-** Alcanzada esta fase de desarrollo de la investigación que ocupa los capítulos y secciones anteriores, podrá el lector fácilmente constatar que de la tríada de institucionalidades que hemos seleccionado del medio norteamericano e inglés para analizar el potencial que encierra su eventual adopción en los procesos de reforma al diseño de enjuiciamiento civil nacional, aquella que vincula con la entrega al litigante de un estatuto pertinente y oportuno de información atinente a su caso constituye, siguiendo nuestra línea de razonamiento, insistimos, la más conspicua y seria ausencia en el elenco de entidades que estructuran la arquitectura básica del modelo de enjuiciamiento que los proyectos de Código Procesal Civil bosquejan, al extremo que no hemos vacilado en sostener, y lo reiteraremos acá, que su omisión, apenas disimulada tras simples

---

*existe escasa información que permita sustentar la teoría de que los SARC representen un ahorro significativo de recursos o de tiempo para los participantes del sistema”. KATZ (1993), p. 46.*

<sup>1326</sup> Cláusulas que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha terminado por avalar del todo, desplazando incluso a normas de tutela colectiva ya no sólo del derecho del consumo, sino que de protección del trabajador, en aras de una extremadamente criticada promoción de modelos avanzados de gestión judicial que ponen en jaque la propia administración pública de justicia. Así en WOO (2018), p. 155.

<sup>1327</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 697.

<sup>1328</sup> RESNIK (2003), p. 175.

<sup>1329</sup> PALOMO (2013), p. 41.

argumentos de ajenidad cultural (que nos hemos encargado puntual y razonadamente de desmentir), bien que extendida en los ordenamientos de inspiración continental<sup>1330</sup>, amenaza las bases mismas de aquellos, al extremo que llega a cernirse como una amenaza cierta y apremiante hacia fundamentos y principios tan caros a nuestros reformadores como la transparencia, la igualdad de armas<sup>1331</sup>, la colaboración entre litigantes y con el tribunal<sup>1332</sup> y, en definitiva, la noción misma del debido proceso<sup>1333</sup>.

Dicho en otros términos: la litigación a ciegas que impone sobre los interesados la omisión de un estatuto de información resulta sencillamente incompatible con un modelo de resolución de conflictos que busca erigirse como característicamente eficiente<sup>1334</sup>, y eficazmente respetuoso de las garantías de los afectados, muy particularmente, de la parte más débil de la relación litigiosa<sup>1335</sup> que corre el riesgo cierto y potencialmente desastroso de enfrentar el diferendo en un pie de manifiesta inferioridad al lugar de preponderancia que puede llegar a ocupar una contraparte que, por motivos económicos u otros ajenos al proceso, ha tenido la

---

<sup>1330</sup> Con referencia al caso alemán, en que la Corte Suprema rechazó una propuesta genérica de derecho a recabar información en el litigio civil: DAMASKA (1997), p. 115.

<sup>1331</sup> DAMASKA (1997), p.102.

<sup>1332</sup> *“Es evidente que las exigencias constitucionales de igualdad y de debido proceso condicionan la estructura del proceso y sus etapas. Así, la distribución de las facultades y deberes procesales entre el que ejerce una pretensión y quien se opone, deben organizarse de tal forma de asegurar (salvo las excepciones y limitaciones constitucionalmente autorizadas) el perfecto o razonable equilibrio”*. HUNTER (2011) (B), p. 55.

<sup>1333</sup> La estrecha vinculación de un adecuado estatuto de información con una litis transparente e incluso con la posibilidad de éxito de las propuestas SARC de distinto orden no es, en absoluto, una noción nueva en nuestro ordenamiento. Ya en el debate de la ley 7.760, en el seno de la Comisión respectiva, con intensa participación del Ministro de Justicia, se sostenía lo siguiente, a propósito de la audiencia de conciliación: *“El señor González don Jorge, expresa que el demandante cree que el derecho está de su parte, pero sabe qué defensa le va a oponer la parte contraria. Si esta defensa es buena, la conciliación se facilita enormemente, pero mientras no se conozca esa defensa no sabe si le va a convenir o no transigir. Añade el señor González, que los abogados se forman un concepto del resultado del juicio después de contestada la demanda, porque muchas veces ocurre que el cliente no le ha dicho toda la verdad respecto de su causa, agrega que si el juez está en situación de conocer todos los antecedentes del juicio, puede, en cierta manera, presionar un poco a las partes para que lleguen a la conciliación...”* CEPPI ET AL (1943), p. 26.

<sup>1334</sup> FARMER ET AL (2013), p. 223.

<sup>1335</sup> *“Es evidente que no se puede propugnar una homogeneidad absoluta entre los contradictores – que además sería imposible de alcanzar en el plano fáctico -; por lo tanto, hay que aceptar la posibilidad de que exista una disparidad, pero ésta no debe ser tal de condicionar la efectiva capacidad de levantar las cargas y ejercer las facultades. El límite a la desigualdad está en la indefensión procesal”*. HUNTER (2011) (B), p. 63. Prosigue este autor en la investigación en cita por recordar, tal como lo hacía Taruffo (y con copiosa cita a él), que la mitigación de este género de desequilibrios se encuentra, en realidad, fuera del proceso sin que por ello deje de constituir una función estatal asegurar, como no, el acceso igualitario al aparato resolutor de conflictos. En el mismo sentido, véase PALOMO (2013), p. 48.

oportunidad de acceder a una asesoría de calidad, debidamente preparada para los bemoles que todo asunto judicial presenta<sup>1336</sup>. Este es el riesgo que importa consagrar la litigación por sorpresa o “emboscada” como un triste, pero siempre presente, remedo de una verdadera estrategia procesal, validada por demás por una masa relevante de nuestros operadores forenses que creen ver en ello una suerte de habilidad encomiable antes que un proceder abiertamente censurable<sup>1337</sup>, atentatorio contra las bases mismas de la institucionalidad procesal civil<sup>1338</sup> cuya operatividad dependerá, en no escasa medida, del estándar de información propuesto<sup>1339</sup>.

**2.1.2.-** Muy por el contrario, el modelo de litigación que proponen los lineamientos del Proyecto de Código Procesal Civil hasta acá conocido, demanda de las partes intervinientes, a quienes mantiene a cargo de la porción más relevante del litigio estatal heterónimo traducida en la determinación del objeto debatido y en la producción de la prueba, la estricta observancia de deberes de litigación<sup>1340</sup>, ligados estrechamente a las obligaciones de colaboración y transparencia que, por

---

<sup>1336</sup> No ha sido sino en fechas muy recientes y como consecuencia de la reforma restrictiva que se impuso al sistema de asistencia legal en lo tocante a los asuntos civiles, que el legislador inglés optó por desplazar los sistemas de apoyo al litigante que comparece sin asistencia letrada al interior del proceso, imponiendo al juez una serie de deberes de asistencia al litigante descritos en la nueva regla 3.1A de las CPR, que entraron en vigor el 1 de octubre de 2015. Estos nuevos deberes del juez, que se han traducido en la concesión al mismo de potestades probatorias oficiosas en pro de la parte que comparece personalmente, sin representación, han sido críticamente definidos como la introducción de elementos inquisitivos en un modelo adversarial que, por lo mismo, resultan difícilmente conciliables con su naturaleza y que comprometen, en definitiva, la equidad e imparcialidad que debe ostentar la sede jurisdiccional estatal al emplazar al juez en el rol de investigador de hechos que, en un modelo adversarial propiamente dicho, cabe a las partes y a sus abogados, aún cuando el norte declarado de las nuevas funciones sea la protección de la parte más débil de la relación litigiosa, refrendando con ello que la inclinación manifiesta debe ser a emplazar estos mecanismos fuera del proceso. Así en ZUCKERMAN (2018), p.12.

<sup>1337</sup> HUNTER (2016), p. 209.

<sup>1338</sup> Bástenos recordar cómo el genial Baldomero Lillo en su cuento “Inamible” describe con inigualable viveza las astutas maquinaciones del cruel guardián para alcanzar la condena del inocente conductor de carretas mediante una simple argucia verbal que sorprende a policías y magistrados, para comprender que este fenómeno, es decir, la admiración por la litigación centrada en aprovechar la ignorancia (muchas veces inconsciente pero no pocas, también, culpable) del contrario, lejos de ser motivo de censura, forma parte íntima del prontuario forense nacional desde tiempos inmemoriales.

<sup>1339</sup> SUBRIN (1998), p. 691.

<sup>1340</sup> Manifestando una postura adversa, en parte: HUNTER (2008), p. 165. Reconoce este académico la relevancia de la transparencia y colaboración como elementos fundantes de la buena fe procesal, sostiene el autor que ésta no puede llegar a erigirse como una limitación a la garantía constitucional del derecho a defensa que el artículo 19 N°3 de la Constitución Política consagra por su rango meramente legal, por una parte y por otra, que tampoco se pueden basar deberes procesales positivos fundados en esta inspiración sino que simplemente conductas pasivas o de omisión.

lo mismo, se refleja de manera importante en una suerte de modelo “disciplinario” descrito (no sin reparos) para la sede inglesa a la luz de las obligaciones impuestas por las CPR<sup>1341</sup>, contrastada con las reglas de la Carta Europea de Derechos Humanos<sup>1342</sup> y que nuestra dogmática procesal asocia a la valoración, en sede jurisdiccional, con aval estatutario, de la conducta procesal de las partes<sup>1343</sup>, escasamente sondeada aún en nuestro medio<sup>1344</sup> pero que, como analizaremos en seguida, tampoco termina por aplacar el vacío que representa la inexistencia de la institución de revelación de antecedentes<sup>1345</sup>.

**2.1.3.-** Es cierto que, hasta la fecha, las entidades, herramientas e instituciones destinadas a preservar la transparencia, la igualdad de armas y la colaboración intrajudicial mediante la entrega (o al menos el ofrecimiento de acceso) de un estatuto de información relevante y oportuno al litigante, resultan aún lejanas para el operador forense nacional, ajenas a la modelación del litigio civil que por siglos ha imperado en nuestro medio con, en realidad, escasos aditamentos a su formato original.

Ocurre, sin embargo, que la propia estructura del litigio tradicional que diseña el estatuto tradicional del Código de Procedimiento Civil chileno, característicamente escriturado, marcadamente plurifásico y de continuidad entre las fases del procedimiento<sup>1346</sup>, ha contribuido, en realidad, a enmascarar, pero no a hacer desaparecer, esta necesidad, silenciando los efectos de la ausencia de esta institucionalidad, embozándolos tras la larga serie de episodios o actos procesales vinculados con la prueba que conforman el juicio ordinario y que pueden extenderse incluso hasta instancias de apelación<sup>1347</sup>, con no escasos reparos, por

---

<sup>1341</sup> Tendencia diversa ésta, en todo caso, de la “moralización” del proceso que vincula, más bien, con la colaboración diligente (y voluntaria) en el descubrimiento de la verdad en el procesos civil: PALOMO (2013), pp. 460.

<sup>1342</sup> Fundando lo que se define como una interpretación “espuria” del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos se sostiene que: “*Con toda certeza, debe ser una condición de cualquier sistema de litigación civilizado que una cultura de obligaciones procesales reemplace a una cultura de derechos. Debe establecerse como principio básico de tal sistema que el litigante que sin una buena razón deje de cumplir con las reglas y disposiciones cesa, por lo mismo, de observar sus deberes para con los restantes litigantes*”. ZUCKERMAN (2006), p. 160.

<sup>1343</sup> PALOMO (2013), pp. 459-460.

<sup>1344</sup> HUNTER (2016), p. 208.

<sup>1345</sup> “*Es probable que no exista una institucionalidad procesal que ofrezca mayores oportunidades de incrementar la eficiencia de la administración de justicia que el discovery en la etapa antejudicial*”: SUBRIN (1998), p. 697.

<sup>1346</sup> En línea, por demás, con la generalidad de los modelos continentales tradicionales: SUBRIN (2002), p. 301.

<sup>1347</sup> DAMASKA (1997), pp.66, 73: “*Tal como lo demuestra la experiencia continental con el trasplante de formas de administración de justicia (tomadas) del common law, es muy difícil asimilar la receptividad de éste a prueba fresca sin la presión constante de procedimientos temporalmente concentrados*”.

cierto, basados éstos precisamente en la incapacidad de la instancia de alzada de equiparar el estándar de establecimiento de hechos que el primer grado puede lograr<sup>1348</sup>. De hecho, modelos de corte continental más avanzados que el nacional, como lo era el alemán de los inicios del siglo XX, eran apreciados, entre otros motivos, precisamente por impedir la litigación por sorpresa o emboscada y ello sirvió de palanca para motivar su adopción en otras latitudes<sup>1349</sup>.

De esta manera, resultaba perfectamente lógico (y tranquilizadamente sencillo) entender que, en realidad, el efecto que sobre el resultado del pleito pudiese representar el desconocimiento del litigante de algún antecedente grave, crucial, podía ser solventado en alguna fase siguiente del pleito y aún de manera oficiosa por la judicatura, ello sin perjuicio de atribuírselo a una supuesta falta de habilidad del letrado que, como se dijo antes, debía aceptar la “emboscada” procesal como parte legítima de las estrategias enderezadas por su contraparte para obtener el triunfo de sus pretensiones.

No resulta posible, sin embargo, mantener este muy objetable esquema al que conduce al aval de la litigación “a ciegas”<sup>1350</sup>, más o menos confeso, emplazado esta vez en el contexto de un juicio de componentes orales muy importantes, concentrado en dos fases claramente definidas, pues sencillamente ya no se verificará la pluralidad de etapas que permitía solventar (o simplemente ocultar) estas deficiencias (cuando ello era posible) durante el desarrollo del litigio<sup>1351</sup>, sumado al hecho que la simetría de información resulta ser, en definitiva, inseparable de la conformación de una arquitectura procesal que busca salvaguardar un debido proceso en forma, ello sin siquiera considerar además que los SARC, cuya puesta en valor, como ya se ha mencionado antes con reiteración, es abiertamente promocionada desde todas las sedes involucradas en la reforma, inevitablemente requiere de un interesado que conozca a cabalidad cuáles son las reales perspectivas de procedencia jurídica y fáctica de sus pretensiones<sup>1352</sup>, antes de adoptar una decisión en este sentido pues, de otra forma, se incentivan las “expediciones de pesca” que explican que, frente al así llamado “tribunal multi-

---

<sup>1348</sup> Aún los doctrinantes que se inclinan por la admisibilidad de la revisión de la prueba (ya no producción) en la segunda instancia, lo hacen reconociendo que la postura está muy lejos de ser pacífica y que la resolución final que se adopte responde más bien a una suerte de solución de “compromiso” solventada por la inserción de ciertas herramientas que aplaquen las aprehensiones de los críticos de esta posibilidad. Así en PICÓ I JUNOY (2009), pp.63, 64.

<sup>1349</sup> Con referencia al modelo japonés: TANIGUCHI (2006), p. 99.

<sup>1350</sup> SUBRIN (1998), p. 697.

<sup>1351</sup> “*La litigación ya no se puede seguir considerando como un juego (...) El abogado que no haga uso de los procedimientos de discovery, se pone en la situación del médico que pretende tratar una dolencia grave sin usar antes los rayos X*”: Con cita a RAGLAND: SUBRIN (1998), p. 709.

<sup>1352</sup> WILLGING ET AL (1998), p. 527.

puertas”<sup>1353</sup> no sea raro que el interesado, o sus representantes, busquen golpear en todas, incluso como parte de su “estrategia” de litigación<sup>1354</sup>, imponiendo una extensión artificial y perjudicial a la totalidad del proceso de resolución del conflicto<sup>1355</sup>, perniciosa consecuencia que sólo la aplicación de herramientas de “discovery” tiene la potencialidad de evitar<sup>1356</sup>.

Se ha descrito, inclusive, procesos integrales de reforma procesal civil en que los motivos de su fracaso han radicado en la falta de un estándar mínimo de información pre o ante judicial<sup>1357</sup>, y, en lo que toca al efecto sobre los SARC, que el modelo “multi-puertas”, a lo menos en lo que liga con la referencia de asuntos a sedes jurisdiccionales segregadas por cuantía o relevancia del asunto, se encuentra ya en retirada por motivos que debilitan de manera irremediable la calidad de la salida que ofrecen, bien por asignar muchas veces una cantidad de recursos públicos desproporcionada a asuntos cuantiosos que, en realidad, no planteaban conflictos jurídicos de peso, bien por la presión de muchos casos por ser asignados a los juzgadores de mayor entidad o grado, por percibirseles como una sede más seria y de mejor calidad bien, por último, por no promover el involucramiento de los jueces en una gestión real, concreta, de los asuntos sometidos a su resolución<sup>1358</sup>.

---

<sup>1353</sup> Modelo éste, al parecer, privilegiado por parte al menos de la cúspide judicial y promocionado por ésta (MUÑOZ [2015], p.16) de manera verdaderamente irreflexiva y desaprensiva, sin advertir los graves riesgos que entraña emprender dicha empresa sin contar con una masa crítica empírica suficiente y que hace ya décadas en la sede comparada en que se originó ese concepto (los Estados Unidos) se le calificó como parte de la mitología jurídica pues: “La interacción (entre los distintos modos de SARC que conforman el multipuertas) bien puede ocasionar que el espectro de SARC también se estreche (como ocurrió con el juicio tradicional) pues las demandas ideológicas conducirán crecientemente hacia la negociación como el modo preferido de resolución de disputas (...) La atractiva imagen de Frank Sander del tribunal multi – puertas accesible, con una de sus puertas abierta por completo hacia el juicio adjudicativo estatal, se ha eclipsado. La puerta que conducía hacia el juicio tradicional en su modelo del siglo XX, se está cerrando”. RESNIK (1995), p.265.

<sup>1354</sup> En este sentido, la aplicación del “Teorema de Coase” que sostiene la totalidad del análisis económico del derecho, consigna que: “Desde el punto de vista jurídico, es fácil darse cuenta cómo buena parte de los actores que comparecen ante un tribunal van en busca de certeza o, lo que es lo mismo, de información para luego poder negociar. Los procesos declarativos de derechos cumplen, básicamente, esa función”. Así en PEÑA (2005), p. 123. La adhesión a esta escuela de pensamiento jurídico y a esta concreta máxima, permitiría, además, explicar buena parte de los bajísimos índices de casos que terminan en sentencia en los sistemas estadounidense e inglés pues, alcanzado que ha sido un nivel de densidad mínima de información, las partes quedan afrontadas ya a una negociación facilitada por aquella, prescindiendo del todo de la sentencia adjudicativa tradicional que, como se ve, sólo solventa ineficiencias en la entrega de la información.

<sup>1355</sup> KATZ (1993), p. 48.

<sup>1356</sup> DAMASKA (1997), p.97.

<sup>1357</sup> TANIGUCHI (2006), p. 101.

<sup>1358</sup> ZUCKERMAN (2009), p.56.

**2.1.4.-** Enmarcados en este último orden de razones, de hecho, creemos encontrarnos en posición de refutar que lo propio sea instar por la inserción de un esquema SARC previo y obligatorio al juicio estatal (la mediación, en este caso), como ocurre actualmente en nuestro medio con las reclamaciones en contra de los prestadores institucionales de salud en virtud de lo dispuesto por la ley 19.966 y se ha encargado de impulsar, entusiastamente, parte autorizada de la doctrina<sup>1359</sup> por el sólo hecho de haberse avalado por parte del Tribunal Constitucional la juridicidad de tal proceder<sup>1360</sup>. Invierte dicha línea de razonamientos, en realidad, el orden de los factores, sin contar con fundamentos realmente afianzados en el modelo de litigación que se propone para nuestro medio: lo que resulta, en realidad, susceptible y necesario de ser impuesto con carácter de obligatorio, es el estatuto de información previo del interesado, dado que con ello se alcanza un estadio de comprensión de las alternativas y de las repercusiones que presenta el litigio para sus intereses, funcional tanto a la puesta en valor de la garantía a un debido proceso a todo nivel, como también, como no, a la eventual selección y adopción de un determinado SARC por parte del interesado<sup>1361</sup>, cuya promoción terminará, en definitiva, por verse beneficiada

---

<sup>1359</sup> Por todos: JEQUIER (2016), p.150.

<sup>1360</sup> Tribunal Constitucional, rol 2.042-11-INA. Los reparos que, a la fecha de su dictación, se vertieron en torno a este pronunciamiento se fundan, precisamente, en el derecho a un justo y racional procedimiento y al libre acceso, en su entendimiento, a la justicia estatal heterónoma: *“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. Posterga indebidamente el acceso a la justicia y no responde a postulados mínimos (de independencia e imparcialidad) el encomendar a órganos, como el CDE, la labor de instar a las partes en conflicto a una solución extrajudicial”*: PALOMO ET AL (2012), p. 415. Con todo, esta, la de apoyar el desarrollo de instancias de mediación previa e incluso arbitrales obligatorias ha sido el partido que se ha venido adoptando por las judicaturas superiores, tanto en los Estados Unidos como en Europa. La evolución experimentada por la Corte Suprema en el primero de los casos, ya expresada antes, ha derivado desde la década de los '80 del siglo pasado desde una mirada algo despectiva hacia los SARC como simples remedos del juicio tradicional que con dificultad alcanzaban a los estándares mínimos de debido proceso, hacia una promoción abierta y sin ambages, incluso de cláusulas compromisorias unilaterales o de referencia de asuntos vinculados a áreas como la vinculada a garantías fundamentales, que previamente se entendían fuera del radio de acción de los SARC. A partir de 2010, la Corte Europea comenzó a adherir a una jurisprudencia similar a la estadounidense, advirtiendo eso sí que los mecanismos de referencia habían de observar ciertos estándares para entenderse respetuosos de las garantías fundamentales de los interesados, a saber; (a) que los resultados de la negociación otorgasen la posibilidad de una salida abierta, no obligatoria, a las partes, (b) que la promoción de los SARC no representaran una barrera temporal de consideración para el interesado en recurrir a la judicatura estatal, (c) que se mantuviera abierta, durante el proceso SARC, la posibilidad que la jurisdicción adoptase medidas de cautela provisorias y, finalmente (d) en el caso que los procesos SARC estén disponibles sólo en formato electrónico, el tribunal nacional requerido para su evaluación debe tener en consideración el *onus* que ello pueda representar para el interesado. Así en RESNIK (2013), p. 98.

<sup>1361</sup> Es este, quizás, el motivo que explica (sin justificar) que el autor en cita anteprecedente omita del todo incorporar a su investigación relativa a la mediación consideraciones vinculadas con el

desde una perspectiva cualitativa y estrechamente vinculada a la colaboración que los interesados presten para lograr sus objetivos, pues un interviniente que conozca a cabalidad las debilidades y fortalezas de su caso y de la defensa que se le planteará en contra, al tiempo de contar, además, con un decidido apoyo judicial, participará en el SARC (o lo descartará) con sincero interés y buena fe<sup>1362</sup>, componentes éstos últimos cuya convocatoria presenta, aún, un dilema no resuelto a los promotores de aquellos<sup>1363</sup>, nudo crítico éste último que no da señales de superarse en nuestro medio.

**2.1.5.-** Los motivos que se vienen de explicar fundamentarán, además, que la institucionalidad que la debida cautela del derecho del interesado a obtener un estatuto de información pertinente y consonante con la garantía al debido proceso demanda, no se satisfaga, tampoco, con la simple reincorporación de institucionalidades pretéritas a nuestro ordenamiento, concretamente, la de la obligación de acompañar a la demanda los documentos fundantes de la misma, retomada en el PNCP en conjunto con la obligación de señalamiento pormenorizado de los medios de prueba en la demanda y en su contestación<sup>1364</sup>,

---

alcance cualitativo de las salidas que el sistema pueda ofrecer al interviniente o siquiera una mención al debido proceso, prefiriendo centrarse en referencias a la desjudicialización y a la eficiencia del mismo que, como ya se explicó antes, importan el riesgo de privilegiar una muy discutible perspectiva economicista del proceso. Así en JEQUIER (2016), pp.126-129. Sin perjuicio de lo que se apuntará a este respecto en las siguientes páginas, cabe advertir desde ya que, en realidad, se incurre en una no superada incongruencia al proponer, como justificación de los SARC en general y de la mediación obligatoria en particular, el objetivo de la desjudicialización, contradicción que queda especialmente patente del estudio en análisis: cita éste estadísticas oficiales de los ingresos civiles y comerciales en los tribunales chilenos en años recientes como una forma de subrayar la creciente demanda por servicios judiciales. Pero son precisamente esos datos empíricos los que permiten adoptar una perspectiva exactamente contraria a la que propone el autor, pues si se considera que una proporción largamente superior al 90% de esos asuntos corresponden a juicios ejecutivos y gestiones no contenciosas, entonces resultará lógico concluir que son los propios motivos de eficiencia y economías los que desaconsejan adoptar un determinado mecanismo de resolución de conflictos que servirá a menos del 10% de los casos y que, derechamente, no existe ningún interés público comprometido en adoptar uno u otro curso de acción, como lo propone el autor en cita. Antes bien, parece recobrar vigor el cuestionamiento con que William Twining intitula la investigación vinculada a los SARC que hemos tenido oportunidad de invocar con profusión en apartados anteriores: “¿Alternativo? ¿Alternativo a qué?”.

<sup>1362</sup> “(la dogmática)...ha descrito cómo las reformas a las FRCP condujeron a la creación de un intrincado proceso prejudicial. La expansión de este último generó un espacio (al amparo de reglas vinculadas a las incidencias prejudiciales y al *discovery*) en el que los jueces ganaron autoridad al tiempo que las actividades ligadas a los SARC comenzaron a verificarse. Muchos jueces, en esa fase prejudicial en expansión, reaccionaron volcando sus esfuerzos por perfilar las pretensiones de las partes y ofrecerles una solución (temprana)”: RESNIK (1995), p. 259.

<sup>1363</sup> JEQUIER (2016), p.143.

<sup>1364</sup> No es raro que, en nuestro medio, se confunda la simple obligación de acompañar los documentos fundantes de la demanda, como ocurría con el antiguo CPC chileno, con un verdadero *discovery*, error que se aprecia incluso entre los promotores de la reforma procesal civil. En este sentido, el Profesor Hugo Botto, de la U. Andres Bello, observando la obligación que se

por lo pronto, o con la asunción de otras nuevas vinculadas más bien con la carga probatoria o la aportación de los medios de convicción, como podría ocurrir, por ejemplo, con la así llamada teoría de la carga dinámica de la prueba o con la inserción de potestades probatorias oficiosas en la sede jurisdiccional<sup>1365</sup>, presentes hasta la fecha en nuestro ordenamiento merced a las medidas para mejor resolver, escasamente utilizadas en la práctica con el objetivo para el cual fueron diseñadas.

---

impone al litigante en el proyectado artículo 254 del PNCP, expresaba: *“Debería revisarse el deber que se impone al demandante de proporcionar su prueba documental junto a la demanda, ya que ello afecta el principio procesal y garantía constitucional de igualdad ante la ley, al entregarse al demandado tal prueba, con el señalamiento de la que además se pretende rendir, sin la debida contraprestación igualitaria temporal, lo que se podría solucionar, si este verdadero ‘discovery’ propio del sistema anglosajón, se realiza develando las pruebas que se rendirán en el juicio, al mismo tiempo”* (Observaciones al Proyecto de ley de NCPC, Boletín 8197-07). Durante la discusión parlamentaria del proyecto (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. Boletín N°8197-08, tomo I, pp. 294-300), el mismo académico consigna su posición adversa a la institución al sostener que: *“...los problemas que se presentaban al implementarse reformas procesales de envergadura, residían en el trasplante de instituciones de otros sistemas como el ‘discovery’, institución anglosajona que no se desarrolla ante el juez porque es de carácter antejudicial”,* parecer verdaderamente paradójico, pues lo cierto es que, como se comprueba en estas páginas, el *discovery* estadounidense tiene que ver menos con la prueba y más con otros objetivos como lo son la definición de los términos del debate y la facilitación de información relevante a fin de definir un eventual curso de acción negociada al conflicto en ciernes. Siempre en torno a la discusión en sede legislativa de la regla que obliga al señalamiento pormenorizado de prueba en la demanda (artículo 255 que pasó a ser 247) en el PNCP, se expidió el profesor José Silva, de la P. Universidad Católica, quien manifestó que esta norma, tiene un origen comparado: *“Reconoció que la norma se basaba en el ‘discovery’ norteamericano, en el que las partes para prever las consecuencias del juicio y facilitar posibles acuerdos, mostraban todos los medios de que disponían desde un punto de vista probatorio y argumental, pero ello se producía no en el proceso mismo sino que en una etapa prejudicial”*, lo que responde, ora a una inadvertida incongruencia o a un nuevo yerro en la forma en que se entiende la institución, pues las diferencias entre una y otra resultan, por los mismos motivos, patentes. Esta inconsistencia queda patente a partir de la intervención del Profesor Raúl Tavolari, quien recuerda, sí, la verdadera naturaleza de la institución: *“El profesor señor Tavolari recordó que la mención del mecanismo del ‘discovery’ era sólo una referencia, por cuanto la finalidad de dicha institución, que se realiza de manera prejudicial, es similar, es decir, evitar juicios innecesarios, por cuanto por el hecho de enfrentarse una de las partes a los argumentos y pruebas de la otra, puede llevarla a desistirse o a incentivarla para alcanzar un acuerdo. Nadie pretendía trasladar a nuestra legislación esta institución”*. Apuntando a otros efectos de la institución, el Diputado Sr. Rincón expresó su inquietud *“...acerca de las razones por las que no se adoptaba el sistema comentado del ‘discovery’, toda vez que se lo consideraba un instrumento efectivo para descongestionar los tribunales de causas sin mayor destino...”*, la que fue respondida por los representantes del Ejecutivo en base a la dictación de un cuerpo normativo separado que versara sobre los SARC. En lo restante, la discusión en esta sede no representó un avance sustantivo en el análisis en profundidad de la virtualidad de la institución, limitándose los intervinientes a vincular las normas, que fueron en definitiva aprobadas sin modificaciones, con la prueba y su ofrecimiento mas no con los otros objetivos, beneficiosos para el litigio adversarial de corte oral, que se alcanzan gracias su aplicación.

<sup>1365</sup> Mensaje PNCP, IV.1, p. 21.

**2.1.6.-** Siguiendo el hilo conductor ya anunciado, es necesario advertir, además, que el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Hispanoamérica de 1989 contempla, en su artículo 111, una ampliación de la antigua regla del Código de Procedimiento Civil, al estatuir que el demandante debe acompañar la totalidad de la prueba documental, con señalamiento de aquella que no obre en su poder, y la designación de los restantes medios de prueba, so pena de inadmisión posterior de otros medios de convicción no señalados oportunamente en las presentaciones fundantes de la etapa de discusión. Similar obligación impone al demandado el artículo 121<sup>1366</sup>. El Proyecto de Código Procesal Civil recoge de manera análoga tales reglas<sup>1367</sup>, en línea con la generalidad de los ordenamientos del derecho continental europeo moderno que caracterizan precisamente sus actos germinales con la entrega de un relato pormenorizado de hechos y derecho y con el señalamiento singular y razonado de medios de prueba<sup>1368</sup>, modelo que el ordenamiento angloamericano conoce como de “*fact pleading*” al que actualmente apuntan también (sin llegar a abrazar del todo) las CPR inglesas<sup>1369</sup>, por oposición al “*notice pleading*” que estatuyen las FRCP que modelaron las reglas de *discovery* en la sede estadounidense<sup>1370</sup>, modelo bajo el cual los beneficios de esta entidad se alejan notoriamente del proceso de convicción judicial, pues dirán más bien relación con “(...) *la eliminación de la sorpresa procesal, preservar prueba sólo en caso de desaparecer la fuente del material probatorio* (como ocurre entre nosotros con los casos de prueba anticipada), *reducir la importancia de los escritos de demanda y contestación, incrementar la precisión del juicio sumario (entendido como la resolución del litigio in limine), enfocar el litigio en los puntos realmente sustantivos de la controversia y permitir a cada parte, en definitiva, establecer las fortalezas y debilidades de su caso en etapas tempranas lo que permitirá, a su vez, cerrar el conflicto sin necesidad del juicio adjudicativo tradicional al favorecer la negociación sobre bases suficientemente informadas*”<sup>1371</sup>.

De hecho, tan íntimamente ligada está la forma en que se concibe la fase inicial de la etapa de discusión bajo el ordenamiento en estudio, diseñada sólo para dar aviso a la contraria de la naturaleza de la cuestión que se propone debatir, con la

---

<sup>1366</sup> Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. 1989.

<sup>1367</sup> PNCPC, artículos 254, 255, 256 y 273.

<sup>1368</sup> “*En la fase de postulación, las partes en el proceso civil continental entregan detalladamente los fundamentos fácticos que sostienen sus posturas jurídicas y que justifican sus pretensiones o sus defensas afirmativas (...) Las postulaciones continentales buscan (además) establecer desde ya los hechos que deberán ser objeto de prueba sino que además los medios de evidencia de los que la parte quiera valerse en las siguientes audiencias judiciales*”. Así en STÜRNER (2001), p.873.

<sup>1369</sup> Con cita a HAZARD: SUBRIN (2002), p. 304.

<sup>1370</sup> SUBRIN (1998), p. 700.

<sup>1371</sup> Con cita a Sunderland, redactor y promotor del diseño de *discovery* finalmente adoptado por las FRCP: SUBRIN (1998), p. 716.

fase antejudicial de *discovery*, que dentro de las medidas de contención de los excesos de este último adoptadas en el último tiempo, ocupa un lugar prioritario imponer un incremento en la rigurosidad de los escritos de demanda y contestación<sup>1372</sup>, pasando de un estándar de simple “aviso” a otro de “plausibilidad”, en que el tribunal debe controlar, bajo sanción de inadmisión, lo que un operador continental podría calificar como la “apariencia de buen derecho” que manifieste el litigante en su presentación<sup>1373</sup>.

Desde luego, las entidades que primeramente se señalaron (acompañamiento de documentos con la demanda, reestructuración de la carga de la prueba) como otras, presentes en nuestro estatuto actual en la forma de medidas prejudiciales probatorias del Código de Procedimiento Civil<sup>1374</sup>, no terminan de solventar la situación desmedrada en que la falta de antecedentes pone a la parte, aún cuando imponga sanciones a la contraria que, incluso con comprobada mala fe, impida la revelación de aquellos<sup>1375</sup>, pues lo cierto es que no llega a sacar de su posición al interviniente afectado por la negativa injustificada al acceso a la información relevante. Ningún efecto tendrá tampoco, en este sentido, la aplicación del estatuto prejudicial en actual vigencia pues del tenor de sus disposiciones consta, por una parte, que su bastateo judicial se centra en la posibilidad de que su resultado pueda ser utilizado para acceder al juicio únicamente en tanto que, por otra, en lo que dice relación con los elementos documentales de información, el futuro demandado bien puede ocultar e incluso negarse, abiertamente, a exhibir aquellos que le sean adversos (o simplemente alegar ignorancia de su existencia) sin que le sea aplicable más sanción que la de privarle de su derecho a presentarlos en juicio<sup>1376</sup>, que, en realidad, no representa, en este entendido, para

---

<sup>1372</sup> Woo (2018), p. 145.

<sup>1373</sup> Woo (2018), p. 147.

<sup>1374</sup> “Art. 273 (263). *El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda: 1° Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes; 2° La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar; 3° La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas; 4° Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio; y 5° El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado. La diligencia expresada en el número 5° se decretará en todo caso; las de los otros cuatro sólo cuando, a juicio del tribunal, sean necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio”.*

<sup>1375</sup> HUNTER (2016), p. 222.

<sup>1376</sup> “Art. 277 (267). *Siempre que se dé lugar a las medidas mencionadas en los números 3° y 4° del artículo 273, y la persona a quien incumba su cumplimiento desobedezca, existiendo en su poder los instrumentos o libros a que las medidas se refieren, perderá el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o si se justifica o aparece de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si se refieren a hechos distintos de aquellos*

el reticente, sanción alguna<sup>1377</sup> sin perjuicio que, en realidad, la debilidad más relevante parece ser, como se demostrará en seguida, su enlace exclusivo con la producción de la prueba, y la franca imposibilidad de modificar, más tarde, los escritos fundantes de la demanda y de la defensa que, incluso, deben dejarse bosquejados para lograr la convicción judicial<sup>1378</sup>. No se avanza con ello, en realidad, en mejorar la situación de información del interesado de manera oportuna y eficaz.

Adicionalmente, más allá de los profundos reparos que se puedan plantear a los ingenios procesales previamente singularizados que, por cierto, los hay y, dicho sea de paso, de una relevancia escasamente sorteada por los proyectos de diseño conocidos hasta ahora, ocurre que ninguno de ellos alcanza como estándar mínimo el de entregar al litigante la posibilidad real de adoptar, en la etapa más temprana posible<sup>1379</sup>, la decisión de modificar o incluso retirar sus pretensiones de la sede jurisdiccional estatal para reencauzarlas hacia una sede alterna, sin exponer al mismo a sanciones de todo tipo, tanto en su posición litigiosa como aquellas directamente impuestas por el ordenamiento. Los modelos de audiencia preliminar propuestos hasta acá, modelados en línea con los diseños europeo - continentales y, concretamente, alemán y español<sup>1380</sup>, derechamente no contemplan una salida amplia en este sentido, como no sea la tradicional modificación de la demanda antes de ser contestada la misma<sup>1381</sup>, con contadas excepciones fundadas en la alegación de hechos nuevos, estableciéndose, con todo, que la regla general será la intangibilidad de aquellas presentaciones<sup>1382</sup>, por

---

*que motivaron la solicitud de exhibición. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente y en el párrafo 2º, Título II, del Libro I del Código de Comercio.*

<sup>1377</sup> Es cierto que el estatuto contempla, también, la posibilidad de decretar apremios de multa e incluso de arrestos al reticente, pero también lo es que la utilización de estas medidas es, en realidad, nula, por una parte y por otra, que el afectado siempre podrá alegar desconocimiento del lugar en que se encuentran los documentos u otras justificaciones que tornarán ilusoria la medida, al tiempo que generarán una cantidad de litigación “satélite” o de incidentes que el legislador, en realidad, se ha empeñado en abolir.

<sup>1378</sup> “Art. 287 (277). Para decretar las medidas de que trata este Título, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos”.

<sup>1379</sup> SUBRIN (1998), p. 707.

<sup>1380</sup> Por contraste, el modelo continental franco – italiano no termina por renunciar del todo a la existencia de fases múltiples y opta por consolidar en la etapa intermedia una serie de actos de instrucción probatoria en preparación de la audiencia de debate final: STÜRNER (2001), p. 873.

<sup>1381</sup> Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, artículo 114.

<sup>1382</sup> PNCPC, artículo 276. Con una dosis importante de no superada incongruencia, estatuye el artículo en cita en sus incisos tercero y quinto, que las partes podrán alegar no sólo hechos nuevos antes de la audiencia preliminar, sino que además, aquellos que, siendo relevantes para la decisión del asunto, hubiesen llegado a conocimiento de la parte sólo una vez trabada la litis y a partir de ellos, modificar sus pretensiones. Sin embargo, lo regular será que los hechos nuevos que puedan modificar sustancialmente el pleito estén contenidos en antecedentes que obran en poder de la contraria (y, a no dudarlo, a buen recaudo si le son adversos) o de terceros no intervinientes,

oposición de aquellos modelos que se han inclinado por la alternativa de permitir a los litigantes una autorización amplia para modificar sus pretensiones iniciales<sup>1383</sup>.

La ya señalada alternativa que se abre para el interesado, consistente en la factibilidad de alterar sustantivamente su pretensión sin correr riesgos vinculados a su posición en el litigio o a ser objeto de sanciones<sup>1384</sup> constituye, pues, una potencialidad verdaderamente crucial, que sólo se logra insertando estas entidades de información en una fase previa, ante – judicial o coetáneas con la génesis misma del conflicto<sup>1385</sup> reconducibles, de hecho, hacia el período que media entre la fase discusión y la de la audiencia preliminar que los Proyectos en discusión actualmente diseñan<sup>1386</sup>. Obsérvese en torno a este último punto que, si a esta última entidad se le asigna, entre otras, una función conciliadora, al convocar a su amparo la concentración de los esfuerzos a desplegar por parte de los intervinientes para evitar el juicio estatal adjudicativo<sup>1387</sup>, resultará ser irrefutablemente cierto que se trata de un objetivo al que sólo se puede arribar exitosamente proveyendo al interesado de un estatuto de información suficiente.

No parece, sin embargo, que la concesión de medios o herramientas de este tipo haya estado presente en la manera en que los doctrinantes han concebido, hasta acá, esta instancia, pues presenta ésta acusadas rigideces que resultan, en realidad, difícilmente conciliables con la potencialidad que presenta aquél estatuto, tanto en términos de facilitar el recurso a sistemas alternos, como de perfilar de mejor manera el litigio cuando éste se torna inminente, traducidas aquellas en la imposibilidad de modificar de manera sustancial las pretensiones manifestadas en la fase de discusión<sup>1388</sup>. Dicho en otros términos: la prohibición de introducir modificaciones sustanciales a la demanda y a su contestación como producto del proceso de obtención de información previa que desemboca en la audiencia preliminar, termina por desperdiciar una de las más valiosas (a los fines de los procesos reformados) potencialidades del estatuto y representa, nuevamente, una incongruencia entre los objetivos declarados y el efecto anunciado para esta entidad.

---

de manera que no se explica cómo el interviniente pudiese llegar a interiorizarse de los mismos si no se le entregan las herramientas que le permitan recabar dicha información antes del cierre de la etapa inicial del pleito. Se trata, por ende, de una disposición que corre el riesgo cierto de mantenerse en el plano de las normas meramente programáticas o discursivas y que, peor aún, perpetua, en realidad, el modelo de litigación “a ciegas” y que además, no contribuirá en nada al llamamiento a recurrir a soluciones alternas que debe formular obligatoriamente el juez según así lo prevé el numeral cuarto del artículo 280 del mismo proyecto.

<sup>1383</sup> TANIGUCHI (2006), p. 107.

<sup>1384</sup> SUBRIN (1998), p. 692.

<sup>1385</sup> HUNTER (2016), p. 194.

<sup>1386</sup> PALOMO ET AL (2016) (C), pp. 5, 6.

<sup>1387</sup> PALOMO ET AL (2016) (C), pp. 9.

<sup>1388</sup> PALOMO ET AL (2016) (C), pp. 15.

La posibilidad de, por contraste, moldear de manera abierta y sencilla, sin más limitaciones que las que la bilateralidad de la audiencia presente, las pretensiones elementales del litigio a la luz de la información que se le entregue al interesado en la fase que culmina con la audiencia preliminar<sup>1389</sup> constituirá, pues, un factor decisivo, verdaderamente esencial e imprescindible en cualquier esquema que adopte instancias de “*discovery*” o de “*disclosure*”, cuya adopción debe ir de la mano con el entendimiento que éstas instituciones derechamente no tienen, salvo, por supuesto, acuerdo expreso de las partes en tal sentido o situaciones de excepción expresamente normadas<sup>1390</sup>, vinculación directa con el proceso de establecimiento de los hechos del juicio<sup>1391</sup>, sino que más bien, con una expresión básica, elemental, de buena fe y transparencia procesal sin la cual es muy difícil obtener como producto de un diseño procesal determinado, un sistema de resolución de conflictos respetuoso de las garantías de los interesados<sup>1392</sup>, y así lo demuestra, con claridad, el ejemplo de la sede comparada<sup>1393</sup>, incluso en materias en extremos delicadas, como pueden ser los asuntos vinculados a discriminación racial o por sexo<sup>1394</sup>, y también el que proviene de las (aún escasas) experiencias de ordenamientos que, en el medio nacional, han incorporados algún género de entidades como las reseñadas que demuestran resultados interesantes, ligados precisamente a algunos de los objetivos que se han establecido para la reforma del sistema de enjuiciamiento civil entre nosotros.

---

<sup>1389</sup> Como ocurre, de hecho, en el modelo que diseñan las FRCP y la jurisprudencia que se ha vertido a propósito de su aplicación, pues se inclina, a la hora de establecer las piezas fundantes de la fase de discusión, por el “*notice pleading*”, materializado en piezas sucintas, muy sencillas, cuyo objeto, como su denominación lo indica, no es otro que el poner en noticia al contrincante que se dirigirán un litigio en su contra. Ello en contraste con el “*fact pleading*” precedente que buscaba de los litigantes la mayor precisión posible en su relato básico de hecho, similar al modelo continental en vigor. Así en STÜRNER (2001), p. 872.

<sup>1390</sup> Objeto éstas de graves reparos de falta de equidad: HUNTER (2016), p.205.

<sup>1391</sup> HUNTER (2016), p. 201.

<sup>1392</sup> “*El problema de la imposibilidad de recabar dicha información (la atingente al conflicto) con carácter previo a la promoción de la acción (y, obviamente, a la audiencia de mediación), hace que el tránsito por la mediación muchas veces sea estéril o que la decisión adoptada en ese momento sea inadecuada, como casi toda decisión que se toma sin información suficiente. Esta dificultad también conspira contra la idea de incluir a la mediación obligatoria argentina dentro del catálogo de mecanismos de acceso a la justicia (...) Sea en sentido restringido o amplio, no puede sostenerse que un mecanismo que procure el acceso a la justicia se contente con llevar a las partes a un terreno neutral (principio esencial de la mediación) en el que la decisión de autocomponer las diferencias con su adversario se tome con la misma desigualdad de armas con las que arribó a la audiencia (entre ellas, la misma falta de información)*”. Así en GIANNINI (2014), p. 160.

<sup>1393</sup> “*El propósito del discovery americano lo constituye la información tanto de las partes como también de sus abogados y la preparación del litigio mas no la entrega de información (probatoria) al tribunal*”. STÜRNER (2001), p. 872.

<sup>1394</sup> En los Estados Unidos se ha descrito cómo es precisamente en la litigación relativa a los más variados casos de discriminación en que el *discovery* ha demostrado toda su valía: MARCUS (1998), p. 750.

## 2.2.- Dificultades compartidas y soluciones disponibles.

**2.2.1.-** Avanzando en el contexto de las reflexiones que se vienen de consignar, resultará oportuno recordar que en secciones anteriores de la investigación se sostuvo, y demostró, que no existen en verdad razones sustantivas para dejar de lado, sin más, el ejemplo de ordenamientos que cuentan con una frondosa y riquísima experiencia en la aplicación de modelos de solución de conflictos análogos a los que se propone echar mano para la modernización de nuestro aparato de resolución de conflictos civil y, concretamente, aquellos contenidos en estatutos que, por el sólo hecho de atribuírseles su membrecía al grupo del *common law*<sup>1395</sup>, cuyas instituciones y entidades, vienen siendo moldeadas por siglos de experiencia forense, son víctimas de una prescindencia más o menos consciente que, sin embargo, no parece ser, ni con mucho, patrimonio exclusivo del medio nacional<sup>1396</sup>.

**2.2.2.-** En efecto, tan extendido es este último fenómeno, casi automático de prescindencia basado, en buena medida, en simple desconocimiento<sup>1397</sup> (cuando no por simple efecto de la barrera idiomática), que con sobrado fundamento se ha apuntado que uno de los puntos críticos que presenta el desarrollo de los “*Principles of Transnational Procedure*” que, desde comienzos del presente siglo, impulsa UNIDROIT-ALI como propuesta de reglas modelo para el litigio transnacional e incluso para impulsar normativa doméstica<sup>1398</sup>, lo constituye, precisamente, la adopción de modelos de *discovery* o *disclosure* que, por cierto,

---

<sup>1395</sup> Si es que, como se indicó, es posible agrupar todo un conjunto de sistemas procesales bajo esa sola denominación inadmisiblemente genérica.

<sup>1396</sup> STÜRNER (2008), p. 245. Refiriéndose al caso alemán, sostiene este autor que existe un verdadero “temor” por adoptar en esa sede modelos que se puedan aproximar al *discovery* estadounidense por los extremos a que éste puede llegar en la indagación de hechos, incluso de “aventura procesal” (*fishing expeditions*) pero que, en realidad, se yerra, pues se deja de considerar (como se tuvo la oportunidad de analizar en su oportunidad) que ese efecto, en realidad, se produjo, por la escasa rigurosidad aplicada a los requerimientos de información de los interesados y que un modelo que invista al juez de una autoridad efectiva para imponer sanciones procesales a las partes desaprensivas o derechamente dolosas en su proceder, logra perfilar de mejor manera este proceso, invocando a tales efectos los “*pre-action protocols*” de las CPR. Se echa de menos sin embargo, en el recuento de medidas adoptadas en el sentido de impedir una elefantiasis de los procesos de *discovery* la serie de reformas introducidas desde hace a lo menos veinte años a las FRCP cuyo específico objetivo ha sido el de impedir las “expediciones de pesca” y eliminar tanto como sea posible el uso indiscriminado y hasta malicioso de la herramienta: TOBIAS (2000), p. 82, reduciendo mediante una reformulación legal de los conceptos elementales el espectro cubierto por la misma: TOBIAS (2001), p. 883.

<sup>1397</sup> TARUFFO (2007), p. 68

<sup>1398</sup> “Estos principios son estándares para juicios adjudicativos en disputas comerciales transnacionales. Estos principios pueden ser, además, igualmente apropiados para la resolución de la mayoría de los conflictos civiles y pueden constituir la base para futuras iniciativas de reforma procesal civil”. ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Ámbito de aplicación e implementación.

dicho estatuto contempla en su regla 16<sup>1399</sup>, de una manera relativamente amplia y con una injerencia judicial de control más intensa que aquella que adoptan las FRCP en los Estados Unidos o aún las CPR del Reino Unido pero que, aún así, presenta dificultades de inserción en los medios continentales<sup>1400</sup>.

Con todo, explica en buena medida esta concepción particularizada de la institución en los términos del estatuto que este último instrumento propone, el que dicho cuerpo despliega en tal sentido un esfuerzo, notable por cierto, que apunta marcadamente a impedir la separación total de los objetivos del *discovery* y la forma en que éste se desarrolla, por una parte, de la globalidad del proceso de esclarecimiento de hechos controvertidos por otra, ello por contraste a lo que ocurre, en cambio, los modelos estadounidenses modelados a partir de las FRCP, avanzando de esta manera las normas de aquél estatuto en una dirección propia, al distinguir entre la producción de la prueba y los medios que el ordenamiento ofrece a los interesados para recabar, aún de la contraparte, el material del que se servirán tanto en dicho proceso como para ilustrar su propio estándar de información, sin llegar, eso sí, a separar por ello ambos procesos del todo.

Ello constituye un estadio de comprensión de la institución en camino hacia una unificación de conceptos, de los fines de aquella<sup>1401</sup>, y de la manera cómo servirá de apoyo, irrenunciable ya, para el juicio adversarial heterónomo estatal<sup>1402</sup>,

---

<sup>1399</sup> “16. Acceso a información y evidencia.

16.1.- *En términos generales, tanto el tribunal como las partes deben tener acceso a evidencia relevante y no privilegiada, incluyendo el testimonio de las partes, de los testigos, de los peritos, documentos y evidencia que provenga de la inspección de cosas, acceso a inmuebles o, bajo circunstancias apropiadas, de exámenes físicos o psicológicos practicados a una persona. Se debe acordar a las partes el derecho de proporcionar las declaraciones que se requieran a estos efectos.*

16.2.- *Atendiendo solicitudes formuladas en la oportunidad legal por las partes, el tribunal debe tener la autoridad de ordenar la revelación de evidencia relevante, no privilegiada y razonablemente identificada que se encuentre en poder o bajo el control de la otra parte o, si es necesario y en términos equitativos, de un tercero ajeno. No podrá ser fundamento de una objeción a la revelación que la evidencia pueda resultar adversa para la parte o la persona que deba efectuarla...”*

<sup>1400</sup> “Uno de los problemas más graves que acechan a los “Principles of Transnational Civil Procedure” lo constituye el cómo alcanzar un nivel de equilibrio adecuado entre el amplio *Discovery Americano*, con sus sanciones rígidas y derechamente coercitivas (al incumplimiento de sus reglas) y la más limitada forma de obtención de evidencia del medio *Continental*, que se inclina por medios indirectos de coerción, que adoptan la forma de desventajas procedimentales si es que alguna de las partes se niega (injustificadamente) a prestar cooperación”: STÜRNER (2001), p. 871.

<sup>1401</sup> BERIZONCE (2016), p. 39

<sup>1402</sup> Este es el estadio al que habrían avanzado las CPR de 2000, evitando la tajante división entre información de las partes y antecedentes probatorios que presenta el modelo de la sección 31 de aquellas al que, sin embargo, las FRCP deben aún adherir por la prevalencia (virtual) del juicio por jurados a su interior: ANDREWS (2013), pp. 75,82, con cita en este último aspecto al Profesor Marcus del Hasting College of Law: “La realidad americana para muchos demandantes (y demandados) es que la divulgación formal es una fuente esencial de información en materia de litigios. Los litigios de los EEUU son únicos ya que tienen una dependencia absoluta respecto del

materializando además un potente contraste en lo que toca al deber de colaboración de los intervinientes que, por lo mismo, se ve reforzado en la sede comparada del *common law* estadounidense pues éste, como se dijo, se ve impedido de adoptar similar partido, producto de la inmanencia de las reglas del juicio por jurados y del *notice pleading* que, manifiestamente, impiden adelantar procesos de establecimiento de hechos a etapas diversas de las del juicio propiamente dicho<sup>1403</sup>. Tan cierto es lo que se viene de exponer, esto es, que la manera en que las FRCP conciben los elementos fundantes de la fase de discusión a partir de presentaciones simplificadas al máximo influye directamente en la distinción tajante que se impone entre *discovery* y rendición de prueba propiamente dicha, que se llega a producir una verdadera simbiosis entre ambas instituciones (*notice pleading* y *discovery*), una vinculación de recíproca influencia y justificación que queda demostrada por el hecho de describirse, siempre para la sede estadounidense, una alteración sustancial en la manera de concebir la fase de discusión producto de la racionalización de los procesos de *discovery*. Para mejor ilustración, se podrá establecer una relación de proporción inversa: a mayor amplitud del rango de cobertura del *discovery*, menor obligación de entregar un relato fáctico y jurídico acabado en las defensas que sustentan los actos iniciales

---

*descubrimiento amplio. Sin la divulgación, muchos litigantes americanos no buscarían acuerdos seriamente*". Se trata éste de un juicio que se ha mantenido a través del tiempo, lo que permite sostener que se trata, verdaderamente, de una característica inmanente de la litigación estadounidense, pues 15 años antes el mismo doctrinante sostenía, en idéntico sentido, que: "Es irrefutable que un *discovery* amplio ha beneficiado a los litigantes que intentan acreditar cierto tipo de pretensiones, al permitirles tener acceso tanto a 'pistolas humeantes' como a piezas menos dramáticas pero igualmente sustanciales de evidencia (...) Uno de los aspectos más impactantes del *discovery* estadounidense consiste en que las partes frecuentemente revelan información que les resulta perjudicial y la importancia de este producto del *discovery* no puede ser sobre enfatizada": MARCUS (1998), p. 750.

<sup>1403</sup> STÜRNER (2008), p. 243. No se trata éste, recordemos, ni con mucho, de un criterio pacífico. A lo menos en lo que dice relación con la sede estadounidense, se ha afirmado que, en realidad, una vez que llega a desarrollarse el enfrentamiento adversarial en forma, es fácil comprobar que, sencillamente, desaparece todo atisbo de colaboración leal entre litigantes o incluso con el tribunal, una vez que éstos asumen su rol verdaderamente partisano al interior de aquél, lo que se llega a describir como una verdadera crisis estructural que se desarrolla de manera verdaderamente incontenible. Así en TARUFFO (2008), p. 116. Obsérvese que el contrapunto lo sostienen dos autores de origen continental europeo, contemporáneos entre sí, y que revela las profundas diferencias de apreciación de un mismo objeto de investigación, como lo es el modelo de enjuiciamiento civil de los Estados Unidos de Norteamérica y que el autor peninsular critica acerbamente la identificación casi absoluta, que se verifica en ese medio, de la justicia sustancial con la simple rectitud en la observancia de las normas del litigio olvidando, sin embargo, que la concepción de justicia norteamericana es esencialmente pragmática, que el litigio tradicional en *common law* obligaba a la selección de un curso procesal determinado con la satisfacción requerida por el justiciable y que, por último, se espera que sea precisamente el juez quien expida la norma de derecho que servirá para la resolución de todos los asuntos análogos que se presenten en el futuro.

de la fase de discusión, pues éstos terminarán por ser modelados a partir de los resultados de dicho proceso<sup>1404</sup>, y viceversa<sup>1405</sup>.

**2.2.3.-** En relevante contraste con el fenómeno que se viene de describir, el modelo que proponen las reglas transnacionales ya citadas en la materia adhieren, en realidad, a un derrotero similar al que terminaron por establecer las CPR tras las reformas Woolf en cuanto, sin privar de su esencial rol a las partes en la modelación liberal del conflicto concedieron al juez, en paralelo, un papel más activo en el proceso de *discovery* (que pasa a denominarse *disclosure* sin que por ello se le deba confundir con la entidad de idéntico nombre que introdujeron en las FRCP las profundas reformas de 1993 y 2000) en aras, precisamente, de limitar al máximo posible los excesos en que se puede llegar a incurrir en su desarrollo<sup>1406</sup> y como una forma más de expresión de la manera en que los *overriding principles* y el rol del juez en su preservación, se hacen operativos a lo largo del proceso de resolución de conflictos<sup>1407</sup>, sin que ello comprometa, como se dijo, la forma en que se conciben los elementos fundantes de la fase de discusión.

Encontramos aquí por lo tanto, a medio camino entre los “*Principles of Transnational Procedure*” y las CPR, un interesantísimo (y muy actual) diseño de estatuto de información que, sin desdeñar la mirada proveniente desde la sede angloamericana, sino que ponderándola en su justa (y valiosa) medida, termina por inclinarse por la adopción de la institucionalidad enmarcada en aquellas reglas que, como la experiencia comparada demuestra, han tenido la virtualidad de poner coto a los efectos que pudiesen llegar a atentar contra la eficacia y eficiencia del proceso y poner en riesgo el efecto favorable a los litigantes que se busca alcanzar con su modelación<sup>1408</sup>. Este parecer ser, por lo demás, el entendimiento

---

<sup>1404</sup> NIEMEYER (1998), p. 520.

<sup>1405</sup> “...la reforma (de racionalización de la fase de *discovery*) pueden llegar a atentar en contra del régimen tradicional de la fase de discusión que el Comité Asesor inicialmente incorporó a las FRCP de 1938 y que los jueces consistentemente han sostenidos en las seis décadas siguientes. Por ejemplo, la (nueva) fraseología puede presentar a los litigantes la necesidad de diseñar presentaciones relativamente detalladas antes de tener acceso a información que se encuentre bajo la esfera de resguardo de sus contrapartes y que, en otras circunstancias, se encontraría a su disposición gracias a los procesos de *discovery*”: MARCUS (2000), p. 83.

<sup>1406</sup> ANDREWS (2013), pp. 77, 78.

<sup>1407</sup> DE PRADA ET AL (2013), p. 113.

<sup>1408</sup> “La incorporación de la instrucción preliminar probatoria constituye un avance trascendental para el mejoramiento del sistema de justicia, que se inserta entre las técnicas de la denominada ‘justicia temprana’ (...) con la particularidad que su implementación requiere reformas legales comprensivas de aspectos orgánico – funcionales (...) La instrucción preliminar atiende a un doble objetivo: a) como mecanismo auxiliar facilitador de la negociación temprana entre las partes, en base al material probatorio recogido y el esclarecimiento siquiera superficial y provisional de los hechos en cuestión, deviene útil para la eventual decisión judicial homologatoria cuando el acuerdo alcanzado represente ‘una justa composición de los derechos en conflicto; b) como procedimiento

que paulatinamente ha ido permeando los ordenamientos europeos continentales. En 2006, cerrando su obra relativa a los procesos de reforma procesal civil desde un perspectiva comparatística, Trocker y Varano, a la par de consignar que la mayor parte de los estatutos analizados habían adoptado alguna forma u otra de intercambio de información relevante entre litigantes, agregaron que aún no se alcanzaba del todo un estadio de desarrollo dogmático forense que permitiera separar los objetivos del *discovery* de los estrictamente probatorios, manifestando con ello un avance fundamental en el análisis de la entidad, al constatar con toda claridad que las externalidades favorables de este género de entidades es preciso rastrearlas más allá de la preparación de la prueba (que, de hecho, puede dar lugar a severos reparos por la ausencia de un control judicial o de un contradictorio en forma), a la manera como lo enseñan, precisamente, los ordenamientos estadounidense e inglés que se sirven ampliamente de aquella como apoyo, precisamente, al juicio civil adversarial<sup>1409</sup>.

Y ocurre precisamente, en abono de lo que se viene de exponer, que es en esta institucionalidad en que se ha descrito, con mayor fundamento y puntualidad, el fenómeno de la convergencia tanto desde la sede continental<sup>1410</sup> como inglesa<sup>1411</sup>, de manera que se trata de un paradigma al cual es necesario dirigir, tal y como ocurrió en el medio continental europeo<sup>1412</sup>, una muy atenta mirada que permita, finalmente, sortear infundados prejuicios culturales para explotar, en toda su potencialidad, el rico arsenal de recursos traducidos en instituciones y

---

*de instrucción temprana de la causa, en el que las pruebas recogidas en contradictorio adquieren pleno valor suasorio en la eventual apreciación al tiempo de resolver sobre el mérito*": BERIZONCE (2016), pp. 38-39. En idéntico sentido, pero a partir de la óptica de la sede estadounidense: SUBRIN (2002), p. 312.

<sup>1409</sup> Haciéndose cargo puntualmente de este reparo, los autores peninsulares en referencia sostienen: *"Todos aquellos instrumentos acerca de los cuales hemos estado hablando, introducidos recientemente por reformas procesales europeas tienen, como rasgo común, el formar parte de la etapa de rendición de la prueba. En otras palabras, están enfocados a obtener información útil para la comprobación de hechos específicos que han formado parte de la discusión formalizada en la etapa preliminar. Como hemos indicado anteriormente, ellos no pueden ser utilizados antes que se haya especificado el 'thema probandum'. Con todo, la necesidad de recabar información pertinente no puede ser considerada sólo desde la perspectiva de la decisión final del caso. En muchos casos, sería en extremo útil contar también con esa información cuando el problema consiste en decidir a quién demandar o siquiera si hacerlo o si resulta pertinente negociar el caso y, de ser esto así, dentro de qué límites debe hacerse"*. Así en TROCKER ET AL (2006), p. 256.

<sup>1410</sup> *"Inglaterra es la madre patria del common law y del procedimiento atribuible a éste, pero la mayoría de las recientes reformas acercan al procedimiento civil inglés al continente y apuntan hacia una convergencia notable entre los distintos sistemas"*: STÜRNER (2001), p. 874.

<sup>1411</sup> Con referencia al caso más significativo de la influencia continental europea en el derecho inglés, materializado en la derogación del rol judicial de la *House of Lords* y la creación de la Corte Suprema de, Reino Unido: ANDREWS (2011), p. 374.

<sup>1412</sup> NÚÑEZ (2009), p. 102.

herramientas fundamentales para el sostén del proceso oral adversarial que la sede angloamericana ofrece: “*La convergencia del desarrollo inglés y alemán (del proceso civil) es notable, y apunta hacia la tendencia moderna de combinar las ventajas de un juicio llevado a cabo ante jueces profesionales con los beneficios de una etapa preparatoria de discovery que funcione sin sobresaltos y que complemente la rendición de la prueba evitando, además, la innecesaria duplicación del esfuerzo desplegado para establecer los hechos en conflicto*”<sup>1413</sup>, a lo que perfectamente podríamos agregar la ventaja que presenta para nuestros procesos de reforma, diseñar una audiencia preliminar que permita desarrollar todas sus potencialidades, a la luz de los objetivos planteados por los promotores de aquella, incluso contemplando de manera renovada y, esta vez, sustentada en un estatuto amplio de información hasta ahora desconocido en toda su extensión, la opción por aquellos sistemas alternos de resolución de conflictos que representen un aporte real al sistema en su conjunto<sup>1414</sup>, asociado todo ellos a las potestades judiciales de gestión del litigio.

**2.2.4.-** Suele proponerse como reparo a la institucionalidad en estudio, el costo económico que, eventualmente, puede representar para las partes su desarrollo<sup>1415</sup>, independiente de quien, en definitiva, asuma su financiamiento. Esta objeción se reitera, con mayor o menor fundamento<sup>1416</sup>, pero con frecuencia cercana al lugar común<sup>1417</sup>, en el medio estadounidense<sup>1418</sup> e inglés<sup>1419</sup>, si bien en este último en alguna medida aplacado tras la introducción de las CPR y que, de hecho, ha motivado la introducción de permanentes reformas de orden legislativo en aquellos estatutos<sup>1420</sup>, con disímiles resultados<sup>1421</sup>. De hecho, tan relevante es la consideración ligada a los costos que puede llegar a irrogar el proceso de *discovery* que ha llegado a describirse cómo puede éste ser utilizado como una

---

<sup>1413</sup> STÜRNER (2001), p. 882.

<sup>1414</sup> BERIZONCE (2016), p. 35.

<sup>1415</sup> Por todos: NIEVA (2016), p. 265.

<sup>1416</sup> Se ha descrito, de hecho, que bajo el modelo de información asimétrica entre las partes, puede bosquejarse una relación directa entre los costos involucrados en el proceso de *discovery*, el quebrantamiento del equilibrio que inspira su establecimiento y el eventual resultado del litigio, pero de hecho el resultado puede llegar a ser incluso contra-intuitivo, al presentar a las partes ocupando un lugar de preponderancia que no tenga un correlato del todo real: FARMER ET AL (2013), p. 242.

<sup>1417</sup> NIEMEYER (1998), p. 517.

<sup>1418</sup> WILLGING ET AL (1998), p. 531.

<sup>1419</sup> ZUCKERMAN (2015) (B), p. 232.

<sup>1420</sup> HUNTON & WILLIAMS (2015), p. 1-3.

<sup>1421</sup> Se sostiene, de hecho, que el medio estadounidense sufriría los efectos de una verdadera “incontinencia” normativa por introducir reformas de manera tan frecuente que no existe entre una y otras, en realidad, un período suficiente para acumular evidencia empírica relevante que, a su turno, permita la elaboración de sondeos que gocen de fundamentos sólidos e incuestionados. Así en TOBIAS (2000), p. 77.

ominosa herramienta de negociación<sup>1422</sup>, adelantando de esta manera la amenaza que se cierne sobre la parte (generalmente el demandado) ya no a la posibilidad de llevar el asunto a la instancia judicial adjudicativa tradicional sino que de abrir un proceso de *discovery* en la extendida forma en el medio estadounidense lo concibe<sup>1423</sup>, lo que ha originado esquemas en permanente renovación para evitar dichos excesos<sup>1424</sup>, dando forma a experiencias que es necesario analizar con detención<sup>1425</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que los esfuerzos desplegados tanto desde la sede legislativa como judicial<sup>1426</sup> con la finalidad de contener los excesos del proceso de *discovery* vienen desarrollándose continuamente a lo menos desde 1976 (fecha de las Conferencias *Pound*) en los Estados Unidos<sup>1427</sup>, medio que ha experimentado más agudamente sus efectos en lo que toca a los costos de la litigación<sup>1428</sup> sin que ello haya restado, empero, prestancia y utilidad a esta institución en la inmensa mayoría de los casos<sup>1429</sup>, producto del uso racional de las herramientas que las nuevas normativas alientan vigorosamente, como ocurre precisamente con el involucramiento judicial en el desarrollo del proceso<sup>1430</sup>.

---

<sup>1422</sup> OBERER (1987), p.7.

<sup>1423</sup> "...dar cumplimiento a los requerimientos del *discovery* es, a menudo, una empresa costosa, pues pueden llegar a necesitarse considerables recursos materiales y temporales para ofrecer la información requerida. Esto da lugar a la cuestión relativa a la utilización de las herramientas del *discovery* como una amenaza, dado que los costos de afrontar sus requerimientos son, bajo nuestro actual sistema, solventados generalmente por la parte a la cual se le requiere la información": SHAVELL (2003), p. 6-18.

<sup>1424</sup> HENCH (1994), p.184.

<sup>1425</sup> En los Estados Unidos, se encuentra en análisis desde 2013 el modelo "*requester pays*" que consiste, básicamente, en imponer al requirente de una determinada exhibición documentaria o de otro tipo de material, más allá de un sustrato básico (generalmente documental) la carga de afrontar los gastos que ello irroque. Así en MARCUS (2018), p. 218.

<sup>1426</sup> Que, como se examinó antes, en los Estados Unidos, merced a la *Rules Enabling Act* de 1934 se encuentran íntimamente imbricadas entre sí pues la Corte Suprema ejerce, en la materia, una potestad legislativa delegada, promulgando cuerpos legales de orden procedimental (*Acts*) directamente, reservando el Congreso para sí una pocas veces ejercida facultad de veto.

<sup>1427</sup> MARCUS (1998), p. 747.

<sup>1428</sup> En el Reino Unido el litigio también impone costos muchas veces irremontables a los interesados, pero no parece ser posible atribuir este efecto, o no de manera preponderante al menos, al simplificado *discovery* que diseñan las CPR, sino que derechamente a los elevadísimos honorarios legales y a la inveterada costumbre de prolongar innecesariamente el pleito. Por todos, y con referencia al *Jackson Report* de 2010 que se cristalizó en una reforma legislativa destinada a morigerar estos costos en vigor desde 2013: DE PRADA ET AL (2014), p. 146.

<sup>1429</sup> "...en la mayoría de los casos, el *discovery* funciona correctamente, pero hay un cierto número de 'casos problema' que son la verdadera fuente genuina de la totalidad de las dificultades que presenta la institución. En paralelo, parece haber consenso en que uno de los mayores problemas que presentan estos casos es decidir, precisamente, que casos son los 'casos problema'": MARCUS (1998), p. 777.

<sup>1430</sup> TOBIAS (2001), p.881.

Su estrecha vinculación con este último punto, hace preciso consignar además, en paralelo, que la experiencia comparada demuestra que, confrontado con los restantes costos que un litigio puede irrogar, aquél atribuible al *discovery* es proporcionalmente menor o al menos no superior a las restantes etapas<sup>1431</sup>, salvo en casos de litigación de alguna complejidad apreciable en que la relevancia de los intereses o derechos en juego pone a la consideración en comento en un segundo plano<sup>1432</sup>, e incluso se ha llegado a producir la paradoja que la restricción de los esquemas de intercambio antejudicial de información, se han revelado como un motivo de incremento de costos de litigación antes que de ahorro en los mismos, al imponer un cambio en los esquemas a observar en la fase inicial de discusión del pleito<sup>1433</sup>, ello en la medida, claro está, que los litigantes no opten por la simple utilización instrumental de las herramientas de *discovery* como parte de una “estrategia” de litigación<sup>1434</sup> que las potestades de gestión judicial<sup>1435</sup>, como se dijo y fundamentó más arriba, están llamadas a acotar<sup>1436</sup>, como lo demuestran sucesivas reformas, incluso en la sede norteamericana<sup>1437</sup>.

La consideración vinculada a los costos del proceso de *discovery*, por ende, debe ser ponderada sólo en los casos que la institución, cuya amplitud será, en definitiva, resorte de la decisión que adopte el litigante, llegue efectivamente a desplegarse con una envergadura considerable, como ocurre paradigmáticamente en los Estados Unidos, pues no será raro que, ante la oferta abierta del legislador, el interesado involucrado en un litigio más bien sencillo, simplemente opte por no explorar esta alternativa, como de hecho ocurre con la litigación de menor entidad en la sede comparada<sup>1438</sup>, o bien, que se desarrolle en un marco más acotado, estrictamente documental, como enseña el tantas veces citado ejemplo de las CPR británicas<sup>1439</sup>, que además ofrece un camino concreto a adoptar en materia del control de los costos que pueda llegar a irrogar la entidad, aún (o

---

<sup>1431</sup> Tampoco parece existir vinculación con la duración programada del litigio: WILLGING ET AL (1998), p. 533.

<sup>1432</sup> SUBRIN (2002), p. 300.

<sup>1433</sup> TOBIAS (2000), p. 84.

<sup>1434</sup> SUBRIN (1998), p. 707.

<sup>1435</sup> MARCUS (1998), p. 762.

<sup>1436</sup> ANDREWS (2013), p. 81.

<sup>1437</sup> HUNTER & WILLIAMS (2015), p. 1-3.

<sup>1438</sup> NIEMEYER (1998), p. 522.

<sup>1439</sup> Considérese en este punto, eso sí, que el mismo ha generado una masa apreciable de litigación en torno a la extensión que se le ha de dar al concepto de “documento”, especialmente en la era de digitalización de la información pues, bajo el paradigma electrónico, el concepto tradicional ha cedido a favor de la, en realidad, inabarcable serie de medios de convicción que pueden servirse de una plataforma informática como vehículo y que impusieron reformas específicamente diseñadas para constreñir este proceso a márgenes racionalmente proporcionados con la envergadura del litigio: SORABJI (2013), p. 304.

especialmente) cuando éstos sean directamente asumidos por los desde siempre escasos recursos judiciales<sup>1440</sup>.

Cabe recordar, a este respecto, que la asignación racional y proporcionada de costos durante la tramitación del proceso forma parte de uno de los *overriding principles* que aquellas diseñan y que llaman a tomar en consideración la demanda total por servicios judiciales y la forma en que los siempre escasos recursos se distribuirán para optimizar su atención, sin que ello implique comprometer, empero, la privilegiada perspectiva desde la cual se valora esta entidad<sup>1441</sup>. Es esta la perspectiva que adopta, por lo demás, la concepción de la administración estatal de justicia como un bien privado, cuyo consumo por un interesado necesariamente cierra el acceso a un número no determinable de demandantes por el mismo servicio<sup>1442</sup>, rebatida, justo es reconocerlo, por quienes adhieren a una concepción del mismo servicio como fuente de una serie de externalidades, no necesariamente asociadas al precedente, que justifican la reafirmación del carácter público del bien atribuible a la administración estatal de sistemas de resolución de conflictos<sup>1443</sup>. Se trata ésta de una cuestión de resolución aún pendiente entre nosotros y que aconseja, en verdad, adoptar un partido pragmático, orientado hacia los fines que se tracen los procesos de reforma, exentos de tintes de raigambre ideológica<sup>1444</sup>.

Por último, y siempre íntimamente imbricado con esta consideración vinculada con el costo que puede implicar la institución, no podremos dejar de observar que, en definitiva, no existen razones de peso para entender porqué otros servicios sociales muy relevantes, como la educación, el transporte o la salud, deban ser sólo parcialmente solventados con recursos públicos y la justicia deba describir un paradigma diverso<sup>1445</sup>, en que el interesado pueda desentenderse por completo de

---

<sup>1440</sup> Explicando cómo esta perenne escasez de recursos materiales ha sido, en medida preponderante, la que explica la restricción del uso de diversas herramientas procesales e incluso la derivación de la función jurisdiccional a sedes alternas o administrativas, también conocidas estas últimas en los Estados Unidos como tribunales “no artículo III”: RESNIK (2013), p. 94.

<sup>1441</sup> “El procedimiento inglés ha reconocido por largo tiempo la importancia de asegurar a las partes la posibilidad de revelar evidencia antes del juicio. Ya Lord Brougham lo expresó en 1828, al aseverar que será siempre el interés de la justicia asegurar a todas las partes del litigio el conocimiento más temprano posible de la evidencia de su oponente (...) Con la introducción de potestades ampliadas para ordenar la revelación ante judicial y luego, producto de las reformas Woolf, la adopción de un modelo que espera de todos los potenciales litigantes la revelación de la evidencia documentaria durante la fase previa de la litigación, este objetivo se materializó por completo (...) para todo tipo de litigios, sin importar el derecho sustantivo invocado, que se tramitaran bajo las normas de las CPR”: SORABJI (2013), p. 308.

<sup>1442</sup> PEÑA (2005), p.126.

<sup>1443</sup> Por todos: NÚÑEZ ET AL (2015), p.596.

<sup>1444</sup> DE LA OLIVA (2012), p. 258.

<sup>1445</sup> Puede, de hecho, emplearse una perspectiva vinculada con la manera en que se determina internalizar los costos de la litigación para analizar los SARC en general y el arbitraje en particular,

su obligación de compartir la carga económica, como de hecho ocurre cuando el litigante contrata una asesoría jurídica particular o, sencillamente, afronta un juicio civil sin contar con alguna suerte de subsidio en forma de exención de tasas y honorarios lo que demuestra, por lo demás, que en estado actual del arte, el acceso a la justicia civil dista mucho de ser gratuito<sup>1446</sup>. No cabe duda alguna que la factibilidad del tribunal de entregar una respuesta jurídica de calidad, dependerá en buena medida de los recursos públicos que se pongan a su disposición, pero tampoco resulta propio sostener, y menos en un medio como el nuestro, que el Estado deba asumir por completo la carga económica que ello signifique y responder, de igual manera, a la demanda de un estándar de calidad<sup>1447</sup>, lo que no implica, por cierto, afectar la asignación de recursos a programas eficientes de asistencia a justiciables de escasos recursos<sup>1448</sup> que, sin embargo, como ya se observó, han de emplazarse por completo fuera del proceso<sup>1449</sup>.

### **2.3.- La experiencia nacional en revelación antejudicial<sup>1450</sup> de información.**

**2.3.1.-** En párrafos anteriores hemos observado que no existe, en nuestro medio, una masa crítica suficiente de material científico en torno a los efectos que, eventualmente, representaría para el proceso civil reformado, la adopción de alguna suerte de institucionalidad de revelación temprana de evidencia que

---

en la medida que la carga de solventar el tribunal arbitral recae precisamente en las partes y no merma el presupuesto judicial. Así en PEÑA (2005), p.127.

<sup>1446</sup> En moneda de 2013, se ha descrito que el costo “básico” que un juicio ordinario irroga a un interesado, sin contar, desde luego, los honorarios por servicios legales ni otros conceptos como inscripciones, retiros de bienes, lanzamientos o embargos, alcanzaba los \$346.000, valor que actualizado a la fecha en que estas líneas se escriben, alcanza a los \$415.000. Así en JEQUIER (2016), p. 129, con referencia al Informe Final sobre Tasas Judiciales de la Comisión de Expertos del Ministerio de Justicia de enero de 2013.

<sup>1447</sup> *“Dado que el colectivo no puede financiar una inversión sin límites en la administración de justicia, debemos ser capaces de alcanzar una solución de compromiso, en que el nivel de los servicios judiciales sea el reflejo del grado de apoyo que pueden esperarse razonablemente de los servicios legales. De la misma forma, no podemos esperar que los recursos públicos nos entreguen un servicio completamente gratuito. Tal y como estamos dispuestos a solventar otros servicios públicos (...) también deberíamos estar en idéntica disposición de financiar algunos de los costos del tribunal a través de tasas judiciales. De igual manera, poco son reacios a pagar por asistencia profesional en la litigación cuando el objetivo es asegurar una representación adecuada asumida por profesionales bien preparados. Con todo, el costo de ir al proceso de resolución de conflictos no puede ser, tampoco, tan exorbitante como para ponerlo lejos del alcance práctico de personas que cuenten con recursos ordinarios”*: ZUCKERMAN (2009), pp.53-54.

<sup>1448</sup> FISS (1987), p. 786.

<sup>1449</sup> ZUCKERMAN (2018), p. 3. En nuestro medio, se suele citar a los proponentes de una perspectiva económica del proceso en idéntica propuesta: NÚÑEZ (2015), p. 597.

<sup>1450</sup> Hemos preferido acá, al tratar del medio nacional, hacer uso de la expresión ante judicial, y no prejudicial, ello con el fin de no llamar a confusión con las entidades que, bajo este último concepto, describen tanto el Código en vigencia como los proyectados, diferencia principal para los efectos de este estudio pues, como se analizó antes, resulta del todo preciso, para un adecuado entendimiento de la institución del *discovery*, disociarlo de la producción de prueba en juicio.

podiese conducir hacia un estatuto de información optimizado a favor del litigante, ausencia si no justificable dogmáticamente, al menos explicable desde la perspectiva forense ante la ausencia de muestras empíricas suficientes en la aplicación de dicha institucionalidad en nuestro ordenamiento procesal civil<sup>1451</sup> y que constituye, naturalmente, un insumo de primerísimo orden que los reformadores deben atender, teniendo a la vista los muy cuestionables resultados provenientes de la aplicación de diseños desarrollados a espaldas de los operadores, también en sede angloamericana<sup>1452</sup>, fenómeno que no exime, sin embargo, de la obligación de innovar allí donde sea preciso, en ausencia del elemento empírico nacional, en base al cuidadoso examen del aporte comparado<sup>1453</sup>.

Con todo, producto de la introducción de una serie de reformas en áreas específicas del litigio civil y, en concreto, aquella que vincula con la responsabilidad civil médica y la justicia tributaria, se han puesto en marcha ciertas institucionalidades que de manera indirecta en un caso y más resuelta en el otro, establecen una alternativa ante judicial cierta para la obtención de dicha información, de manera quizás embrionaria, pero no por ello menos relevante como objeto de análisis.

**2.3.2.-** En el primer caso, hemos de referirnos al proceso de mediación previa obligatoria que la ley 19.966 sobre garantías explícitas en salud estableció como fase preliminar al litigio en estas materias, como parte integral del mecanismo destinado a reclamar la responsabilidad sanitaria de prestadores institucionales o profesionales públicos y privados, variando en uno y otro caso la entidad encargada de desarrollar el proceso (mediadores del Consejo de Defensa del Estado en un caso, o designados por la Superintendencia de Salud, en otro)<sup>1454</sup>.

Pareciera, *prima facie*, tratarse de una herramienta que cabría analizarla, más bien, a propósito de la promoción de SARC que proclaman los proyectos de

---

<sup>1451</sup> Falencia que, al parecer, también se reclama desde la sede comparada, aún en presencia de un estatuto específico latamente desarrollado: WILLGING ET AL (1998), p. 533. De hecho, ha sido el desarrollo de las reformas que, sucesivamente, han ido modelando el sistema de *discovery* en los Estados Unidos el que ha demostrado la inexcusable necesidad de contar con una masa crítica de estudios anclados sólidamente en la base empírica: *“Otra materia que surge de las primeras dos experiencias de (reformas destinadas a obtener una) contención (de los excesos) del discovery, es la creciente importancia del insumo empírico. Existe un elemento empírico intrínsecamente contenido en gran parte del proceso de dictación de reglas, pero muchas veces se torna difícil desarrollar una base empírica adecuada, tópico que ha sido objeto de progresiva atención académica en años recientes. En términos generales, las FRCP se diseñaron prescindiendo del beneficio de un insumo empírico pormenorizado”*: MARCUS (1998), p. 778.

<sup>1452</sup> MARCUS (1998), p. 769.

<sup>1453</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 675.

<sup>1454</sup> Ley 19.996, de 2004.

reforma procesal civil, pero lo cierto es que sostendremos que ello constituye una mirada más bien parcial e insuficiente de una experiencia que acumula más de una década de aplicación.

En efecto, exhibe el desarrollo de la institucionalidad de la mediación en salud aplicable a los prestadores públicos, tasas de desjudicialización inusualmente elevadas entre quienes no aceptaron arribar a algún acuerdo en esa sede SARC, alcanzando porcentajes cercanos al 75% del total de los ingresos para un período de cinco años, proporción aún más sorprendente si se considera que la tasa de acuerdos efectivos promedio para el mismo período no supera el 20% del total de asuntos<sup>1455</sup>.

El efecto que se materializa con la desjudicialización de diferendos de carácter civil, por otra parte, constituye un elemento importante<sup>1456</sup>, más o menos confeso<sup>1457</sup>, de uno de los ejes de los procesos de reforma procesal civil<sup>1458</sup>, concretamente vinculado con el efecto de descongestión que acompaña la promoción SARC<sup>1459</sup>, al que nunca se renuncia del todo<sup>1460</sup>. Con todo, el caso cuyo análisis se propone presenta, y éste es en realidad el punto crítico a observar, la particularidad de vincular, de manera muy relevante, con el acceso a un estatuto privilegiado de información que el interesado puede recabar en el contexto de la mediación institucional en salud<sup>1461</sup> y que, de hecho, habitualmente se pone a su alcance en el contexto de dicho trámite, obrando como una suerte de sucedáneo muy cercano a un verdadero *discovery* sin contemplar, con todo, sanciones explícitas que quedan, en realidad, reservadas al ámbito del potencial litigio posterior<sup>1462</sup>.

---

<sup>1455</sup> Mediación y Desjudicialización en el CDE (2011), p. 8. Aún cuando no se han desarrollado investigaciones sistematizadas con posterioridad, la información disponible demuestra que los porcentajes se mantienen muy similares.

<sup>1456</sup> JEQUIER (2016), pp. 127-128.

<sup>1457</sup> PEPJ 2015-2020, pp. 16,18.

<sup>1458</sup> De lo que dan cuenta no sólo la promoción abierta de los SARC (PNCPC, Mensaje, IV.2, p. 21) sino que además el nuevo diseño del juicio ejecutivo (PNCPC, Mensaje, IV.6.b, p. 26).

<sup>1459</sup> El informe sobre la materia encomendado por el Ministerio de Justicia en 2013 a propósito del ingreso del PNCPC al Congreso Nacional lleva por título, precisamente: *“Modelo de Gestión para la Desjudicialización de Materias bajo la Nueva Justicia Procesal Civil”*.

<sup>1460</sup> Informe Final Panel de Expertos Modelo Orgánico para la Incorporación de SARC, Ministerio de Justicia, Abril 2013, p. 17.

<sup>1461</sup> “A nivel nacional, el 58% de las reparaciones alcanzadas por las partes en mediación (422 casos), no implicó el pago de dinero, habiendo renunciado los reclamantes a las acciones legales, aceptando las disculpas, las explicación y/o prestaciones asistenciales dadas u ofrecidas por la parte reclamada”: Mediación y Desjudicialización en el CDE (2011), p. 17.

<sup>1462</sup> De conformidad con lo que dispone el artículo 51 de la ley 19.996, los antecedentes que se expongan en el curso de la mediación quedan sujetos a la obligación de reserva bajo responsabilidad penal, excepción hecha de los elementos documentales que se entreguen, los que sí pueden ser invocados en un eventual litigio posterior de acuerdo a “las reglas generales”. Existe

De hecho, los paralelos que se pueden dibujar entre la mediación en salud que diseña la ley chilena y el *discovery* angloamericano son sencillamente notables: ambos se ubican en una fase antejudicial, como requisito para acceder al proceso adjudicativo estatal<sup>1463</sup>, ninguno de los estatutos requiere una demanda (o una contestación) “en forma”, el interesado libremente puede poner fin al proceso y modelar en base al mismo su demanda o decidir derechamente acudir a este u otro SARC, la ley chilena contempla la figura de una asesoría profesional como soporte a la mediación, utilizada de hecho con alguna frecuencia<sup>1464</sup>, cuyo rol es prácticamente idéntico al del Evaluador Neutral Temprano (ENE) del medio estadounidense, que se ha revelado como un valioso soporte a las salidas auto gestionadas de promoción intrajudicial en ese medio<sup>1465</sup> pues, “...en teoría, si ambas partes en disputa se someten a la evaluación de su caso por parte de un experto desinteresado, se incrementa la posibilidad de que converjan en una estimación similar del resultado probable y, con ello, las alternativas de acordar una negociación”<sup>1466</sup>.

Las consecuencias que acarrea este cúmulo de similitudes que acerca nuestra mediación al *discovery* angloamericano, terminan por demostrar que no nos encontramos, ni con mucho, frente a una coincidencia meramente anecdótica, pues el material disponible en torno a la experiencia chilena, permite afirmar que

---

acá, implícito en la norma, un modelo que parece acercarse, por tanto, a las normas de los *Principles of Transnational Procedure* en cuanto se pone a medio camino entre la entrega de antecedentes que habiliten al interesado a determinar un eventual recurso a la sede judicial o al sistema alterno, por una parte, y por otra, la exhibición de material probatorio que puede ser convocado más tarde a la instancia jurisdiccional.

<sup>1463</sup> Ley 19.966, artículo 43: “El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N°2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54. En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes”.

<sup>1464</sup> Ley 19.966, artículo 49, inciso segundo: “El mediador deberá ayudar a las partes a llegar por sí mismas a la solución de su controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario. Para ello procurará tomar contacto personal con las partes, podrá efectuar visitas al lugar donde ocurrieron los hechos, requerir de las partes o de terceros los antecedentes que estime necesarios y, a menos que cualquiera de las partes se oponga, solicitar informes técnicos a expertos sobre la materia de la mediación, cuyo costo será de cargo de las partes”. En la mediación institucional, este mecanismo se ha revelado particularmente exitoso y de un costo que las partes suelen afrontar sin inconvenientes: Mediación y Desjudicialización en el CDE (2011), p. 9.

<sup>1465</sup> KATZ (1993), p. 17.

<sup>1466</sup> GROSS ET AL (1996), p. 60.

un número muy relevante de interesados en los asuntos que llegan a dicha sede, superior al 50% de ellos, arriban a ésta en búsqueda de información que los canales informales o incluso institucionales no les han puesto a su alcance<sup>1467</sup>, lo que parece explicar, a su vez, una proporción relevante de aquellos casos que, en definitiva, no llegan a judicializarse, porcentaje que se repite incluso entre quienes no arriban a acuerdo alguno<sup>1468</sup>. No parece corresponder a una lectura completa, profunda de la institución, por lo tanto, centrar la atención sólo en la tasa neta de acuerdos que, como se dijo, se mantiene en porcentajes que rodean el 20% de los ingresos<sup>1469</sup> y sostener que ello representa un fracaso de aquella<sup>1470</sup>, pues omite esa postura considerar esta arista adicional, tanto o más relevante que la que vincula con los acuerdos materializados.

Esta relación causal, esto es, la de alcanzar una salida al diferendo traducida en la entrega de un estatuto suficiente, racional y oportuno de información pertinente, diverso de la satisfacción de una pretensión pecuniaria determinada, que presenta una prevalencia, como se dijo, relevante, puede lícitamente conducirnos a una segunda conclusión, a saber, que el mecanismo de entrega de información relevante de información pertinente, adecuadamente desarrollado y aplicado, constituye un SARC por sí mismo. Hacia allá apunta, también, la experiencia comparada en Argentina vinculada a la mediación obligatoria que impera en dicho medio, precisamente apuntado a aquellos casos en que es posible constatar una asimetría inicial entre las partes<sup>1471</sup>.

Ya no sólo se trata que el *discovery* se erija, *per se*, en una herramienta poderosísima para promover los sistemas alternos, como la experiencia comparada angloamericana sobradamente demuestra<sup>1472</sup>, sino que pasa a presentarse como uno de ellos por su propio mérito, lo que permitiría explicar conceptualmente, por ejemplo, que para el medio estadounidense (e inglés, en medida más acotada) se haya sostenido que el modelo prevalente ya no es el bifásico sino que el de etapa única, antejudicial, en la que se desarrolla primordialmente el proceso de intercambio de información tras el cual escasos

---

<sup>1467</sup> ARDILES (2017), p. 54. Estos porcentajes cubren el período que media entre 2005 y 2016.

<sup>1468</sup> Mediación y Desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado. Unidad de Mediación, 2011.

<sup>1469</sup> Estadísticas Unidad de Mediación, Consejo de Defensa del Estado, 2009-2011.

<sup>1470</sup> PARRA (2018), p. 462.

<sup>1471</sup> GIANNINI (2014), p. 159. Es curioso, y a la vez preocupante, que la lectura nacional de la experiencia argentina omite del todo consignar este importantísimo elemento: Informe Final. U. Alberto Hurtado (2013), p. 44.

<sup>1472</sup> Por todos, y con amplitud de información empírica estadística: WILLGING ET AL (1998), pp. 527-535.

asuntos llegan a la sede judicial estatal propiamente dicha<sup>1473</sup>, esto es, aquellos que no han sido negociados, transigidos o derechamente desistido como producto del intercambio intensivo de información. Hacia allá apunta, por lo demás, la escuela del análisis económico del derecho y en especial las conclusiones que se pueden alcanzar a partir del “Teorema de Coase” citado anteriormente, de manera que no resultaría tampoco una conclusión del todo desconocida sino que sólo ignorada (o escasamente difundida) en nuestro medio<sup>1474</sup>.

**2.3.3.-** La afirmación que hemos bosquejado en el apartado anterior, fundada, como se dijo, en la propia experiencia chilena de aplicación de un estatuto paradigmático de SARC, como lo es la mediación, parece conducir a la conclusión, encauzada en esta línea de ideas, que podría resultar en buena medida irrelevante, para los objetivos que se fijan nuestros reformadores en materia de tasas de desjudicialización<sup>1475</sup> por referencia del interesado a cualquiera de las sedes no adjudicativas tradicionales de resolución del conflicto que ofrece el sistema, que éstas se alcanzaran mediante la adopción de un determinado mecanismo de promoción de aquellos sistemas (como lo es el ya explicitado multipuertas o la referencia obligatoria a la mediación) o, bien, mediante la instauración de una institucionalidad destinada a promover un estatuto suficiente de información del interesado en una fase antejudicial que, como queda dicho, sí cuenta con información empírica nacional (embrionaria) y comparada angloamericana (en extremo abundante).

Pero, en seguida, saltan a la vista razones por las cuales la decisión para un reformador la opción no puede ser indiferente. Ocurre ahora que, en realidad, resulta perfectamente congruente con las nociones que se explicitan en los párrafos precedentes, concluir que si bien desde la perspectiva de la desjudicialización por referencia a una determinada institucionalidad, la adopción de una u otra herramienta (de promoción de SARC o de *discovery*) puede parecer,

---

<sup>1473</sup> TARUFFO (2007), p. 81: “*Si se tiene en cuenta todo esto, es fácil concluir que el modelo típico del proceso del common law está ahora constituido esencialmente de una fase en la cual ambas partes, bajo la activa dirección del juez, aclaran los términos de la controversia, adquieren a través de la discovery (sic) informaciones sobre sus respectivas defensas y sobre las pruebas que podrán ser empleadas, valoran la oportunidad de un acuerdo o de una renuncia a continuar con el proceso, y transigen o se sirven de alguno de los medios de resolución rápida de la controversia (...) Como se ha dicho, sólo en los raros casos en los cuales este procedimiento, que se ha convertido en el verdadero proceso, no logra poner fin a la controversia, tendrá lugar el juicio con la práctica de las pruebas y se dictará una sentencia*”.

<sup>1474</sup> PEÑA (2005), p. 123.

<sup>1475</sup> Efecto éste que ha de analizarse con suma detención, pues no se encuentra exento de críticas en la medida que aleje al conflicto de una resolución armónica y concordante con la envergadura de los intereses en juego: DELGADO (2016), p. 247 o de la publicidad y transparencia que puede y debe predicarse de todo modelo de resolución de conflictos enraizado o promovido desde la sede estatal: RESNIK (2013), p. 79.

en verdad, indiferente, no se podrá predicar lo mismo desde la óptica de la optimización de los recursos judiciales y de la protección de las garantías de los justiciables de cara a un eventual litigio posterior, o al mismo sistema alterno, que se sirven del intercambio ante judicial de información de manera intensiva, mirando así más allá de la simple desjudicialización, pues se trata éste de un concepto que, hasta el día de hoy, no logra sortear la serie de fundadas objeciones que se le dirigen, las que también se encuentran presentes en un medio que, como el estadounidense, se caracteriza, como se analizó en secciones anteriores, por los bajísimos índices de resolución judicial de sus conflictos civiles<sup>1476</sup>.

En efecto, si algo puede concluir el investigador continental, de raigambre civil canónica, de la frondosa experiencia que se ha convocado en páginas y capítulos anteriores, es que ésta demuestra, además, que el desarrollo eficiente (y eficaz) de una fase ante judicial de *discovery* proporciona beneficios muy concretos en términos de simetría, transparencia y colaboración de los litigantes que la sola promoción de los SARC no alcanza ni se propone alcanzar, lo que se explica por la elemental razón de haber sido concebida aquella, primero, para facilitar el desarrollo del juicio adversarial concentrado en dos audiencias, la segunda de las cuales está diseñada y destinada, precisamente, a la producción de la evidencia de soporte de las pretensiones (ya perfiladas más precisamente gracias al *discovery*) de manera contradictoria, pública y pormenorizada<sup>1477</sup>. Surgen, por lo tanto, sólidos motivos que aconsejan inclinarse por la adopción de este género de estatutos por sobre los de promoción de sistemas alternos.

**2.3.4.-** En seguida, y ahondando en el punto recién expuesto, dado que la notoria ausencia de material científico investigativo<sup>1478</sup>, basado en una experiencia empírica de densidad y elaboración apreciables<sup>1479</sup>, en torno a los efectos concretos que, para el juicio adversarial de corte oral, representaría la promoción intensiva de SARC en nuestro medio es profunda y extendida<sup>1480</sup>, tal como lo es,

---

<sup>1476</sup> La profundidad de los reparos que se anuncian parecen enraizar en los orígenes fundacionales del procedimiento civil angloamericano, concretamente reconducibles hacia la enérgica defensa que Jeremy Bentham sostuvo en pos de la conservación de la publicidad y transparencia como características irrenunciables de todo sistema de resolución de conflictos pues: *“Sin publicidad, todos los restantes controles (sobre la litigación) se tornan insuficientes: en comparación con la publicidad, todos los demás controles son, en realidad, de poca monta”*. Bentham, 1843, citado por RESNIK (2013), p.84.

<sup>1477</sup> SUBRIN (1998), p. 697.

<sup>1478</sup> RIEGO ET AL (2015), p.17.

<sup>1479</sup> Al extremo que no existe, ni siquiera en la fuente legislativa, uniformidad dogmática terminológica ni sustantiva en torno a los diversos tipos de sistemas alternos, lo que ha originado una dispersión inorgánica de los mismos: LAGOS (2016), pp. 109,118.

<sup>1480</sup> Informe Final Panel de Expertos Modelo Orgánico para la Incorporación de SARC, Ministerio de Justicia, Abril 2013, p. 15.

por demás, en medios en que éstos se han desarrollado mucho más intensa<sup>1481</sup>, y extensamente que en el nuestro (lo que parece apuntar a un escollo muy difícil de superar desde la perspectiva dogmático científica)<sup>1482</sup>, nos enfrentamos irrevocablemente a un vacío epistémico a lo menos idéntico, sino incluso peor, que aquél que afecta a la experiencia del *discovery* (pues en su entorno sí existe esa información). Adicionalmente, y dado que concurre un frondoso cúmulo de razones, sustentadas en la práctica comparada e incluso nacional, que bogan a favor de esta última institucionalidad, se arriba a la conclusión prácticamente unívoca que no parece lógico, ni racional, que nuestros reformadores tiendan a inclinarse ciegamente a favor de las primeras herramientas, sin siquiera dirigir su atención hacia estas últimas, abdicando con ello por demás, como se dijo con precedencia, de una poderosísima herramienta de apoyo y protección de las garantías de los interesados que se ven destinados a llevar su diferendo, en definitiva, al juicio adversarial de corte oral en sede estatal heterónoma, a ciegas o a merced de la parte con mejores recursos de todo tipo<sup>1483</sup>.

Con todo, cabe advertir, esta inexplicable paradoja de promoción simplemente retórica de los SARC (esto es, sin sostén investigativo basado en datos empíricos) no es, ni con mucho, exclusiva de nuestro medio<sup>1484</sup>, pues ha sido descrita con todo detalle por importantes doctrinantes de las sedes estadounidense e inglesa<sup>1485</sup>, a propósito de la necesaria puesta en valor del juicio estatal en esas latitudes.

---

<sup>1481</sup> Con referencia a la experiencia argentina se ha sostenido, en este sentido que: *“Respecto de los resultados de la mediación, nuestro país no ha tenido buenas experiencias con la producción y difusión de datos estadísticos que permitan justificar la adopción de las políticas públicas en la materia, ni controlar las consecuencias de su implementación”*. Así en GIANNINI (2014), p. 167.

<sup>1482</sup> *“No existe información empírica sustantiva suficiente que concluya si, en concreto, las partes entienden y utilizan los SARC para perfilar sus controversias y, si lo hacen, hasta qué punto esto conducirá, bien a un acuerdo negociado del diferendo o si en realidad presenta un potencial más adecuado para el uso efectivo y eficiente de la herramienta de gestión judicial”*: AHMED (2017), p. 20.

<sup>1483</sup> No podrán invocarse para sustentar esta inexplicable paradoja los manidos y, a estas alturas, meramente retóricos, motivos de orden “cultural”, pues si hay consenso en torno a un punto, éste es la atribución de los SARC de rango amplio al medio angloamericano y muy especialmente estadounidense: *“En términos generales la doctrina procesal está desencantada de los MASC (...) En primer lugar, suelen parecer mecanismos asociados al common law y, por este solo motivo, muchas veces desconfiamos de trasplantes milagrosos de instituciones...”*: DELGADO (2016), p. 242. En idéntico sentido y ahondando en los alcances culturales: NIEVA (2016), p. 264.

<sup>1484</sup> ANDREWS (2017), p. 8. Describe este autor el escaso interés que concitó en Inglaterra la promoción de la directiva europea relativa a la mediación, y esto por cuanto esta regla no vino a revelar nada que los operadores del medio británico no supieran ya en torno a este particular SARC, lo que habría explicado una “sub-utilización” de la mediación y una oferta sobre abundante de mediadores.

<sup>1485</sup> GENN (2013), p. 14.

En suma: *ceteris paribus*, puestas en una balanza que permita mesurar su funcionalidad a los objetivos de la reforma procesal civil las herramientas intensivas e incluso intra judiciales, de promoción de SARC, por una parte y los estatutos de entrega de información relevante al interesado o *discovery*, por otra, el fiel de la misma parece inclinarse, indefectiblemente, a favor de estas últimas, lo que torna ya francamente incomprensible el hecho que nuestros reformadores hayan omitido hasta la fecha casi del todo su consideración, vacío que resultará crítico solventar frente a un proceso de reforma procesal civil profunda en ciernes.

**2.3.5.-** Existe, todavía, una segunda experiencia forense nacional que es preciso referir en materia de entrega de un estatuto de información temprana a los (eventuales) litigantes que, si bien es más acotada en el tiempo, no por ello aconseja ser preterida, pues presenta un volumen interesante de pronunciamientos de orden jurisdiccional que han ido definiendo su margen de aplicación, al tiempo que han avalado su juridicidad en el estatuto constitucional y legal chileno.

Se trata, en este caso, de la norma sobre inadmisibilidad documental que introdujo, al artículo 132 inciso 11° y 12° (hoy 12° y 13°) del Código Tributario, la reforma de la ley 20.322, sobre fortalecimiento de la jurisdicción tributaria<sup>1486</sup>, norma que fue complementada más tarde, para la documentación tributaria electrónica, mediante la introducción del inciso tercero del artículo 60 bis del mismo Código, obra de la ley 20.899<sup>1487</sup>.

En estricto rigor, la revelación temprana, antejudicial, de elementos de evidencia documental no es una institución nueva para nuestro ordenamiento jurídico tributario. Desde sus orígenes, el Código Tributario ha concedido al Servicio de Impuestos Internos la facultad de recabar, en los procesos de fiscalización

---

<sup>1486</sup> “No serán admisibles aquellos antecedentes que, teniendo relación directa con las operaciones fiscalizadas, hayan sido solicitados determinada y específicamente por el Servicio al reclamante en la citación a que se refiere el artículo 63 y que este último, no obstante disponer de ellos, no haya acompañado en forma íntegra dentro del plazo del inciso segundo de dicho artículo. El reclamante siempre podrá probar que no acompañó la documentación en el plazo señalado, por causas que no le hayan sido imputables, incluyendo el caso de haber solicitado al Servicio prórroga del plazo original para contestar la referida citación y ella no fue concedida o lo fue por un plazo inferior al solicitado.

El Juez Tributario y Aduanero se pronunciará en la sentencia sobre esta inadmisibilidad”.

<sup>1487</sup> “En caso que el contribuyente, su representante o el administrador de los sistemas tecnológicos, entrase o de cualquier modo interfiera en la fiscalización, el Servicio deberá, mediante resolución fundada y con el mérito de los antecedentes que obren en su poder, declarar que la información requerida es sustancial y pertinente para la fiscalización, de suerte que dicha información no será admisible en un posterior procedimiento de reclamo que incida en la misma acción de fiscalización que dio origen al requerimiento, de conformidad a lo dispuesto en el inciso undécimo del artículo 132 de este Código. La determinación efectuada por el Servicio podrá impugnarse junto con la reclamación de la liquidación, giro o resolución respectiva”.

tributaria, la documentación fiscal del contribuyente, particularmente en el contexto del procedimiento de citación que reglamenta el artículo 63 del Código en cita<sup>1488</sup> que, insistimos, en su forma original acompaña a esta compilación legal desde sus inicios, bien que teñida de elementos de discutible juridicidad, atendido el muy precario estándar de resguardo de las garantías elementales vinculadas con la judicatura que representaba la antigua institucionalidad de resolución de conflictos que, en síntesis, radicaba todas las facultades de resolver los litigios tributarios, en primera instancia, en los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos quienes, además, solían delegar dichas potestades en ciertas jefaturas departamentales del mismo servicio generando, como es evidente, una afectación grave a las prerrogativas del contribuyente afectado, que vino a ser resuelta sólo con la puesta en marcha de la ley 20.322, equívocamente denominada de “*Fortalecimiento de la Jurisdicción Tributaria*” en circunstancias que fue, realmente, fundacional de una nueva institucionalidad.

Por otra parte, a contar de la dictación de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado N°18.575, de 1986 (hoy D.F.L. N°1/19.653) y, muy particularmente, de la ley de procedimientos administrativos N°19.880, de 2003, ya no existió duda alguna que, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, la totalidad de los actos emanados de la Administración del Estado (y el Servicio de Impuestos Internos es, qué duda cabe, uno de ellos) deben ser, obligatoriamente, fundados, por disponerlo así expresamente el inciso segundo del artículo 11 de la segunda ley<sup>1489</sup>, en concordancia con el hoy artículo 11 bis del primer estatuto<sup>1490</sup>,

---

<sup>1488</sup> “El Servicio hará uso de todos los medios legales para comprobar la exactitud de las declaraciones presentadas por los contribuyentes y para obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse. El Jefe de la Oficina respectiva del Servicio podrá citar al contribuyente para que, dentro del plazo de un mes, presente una declaración o rectifique, aclare, amplíe o confirme la anterior. Sin embargo, dicha citación deberá practicarse en los casos en que la ley la establezca como trámite previo. A solicitud del interesado dicho funcionario ampliará este plazo, por una sola vez, hasta por un mes. Esta facultad podrá ser delegada en otros jefes de las respectivas oficinas.

Cuando del tenor de la respuesta a la citación o de los antecedentes aportados resulte necesario solicitar al contribuyente que aclare o complemente su respuesta y, o presente antecedentes adicionales respecto de los impuestos, períodos y partidas citadas, podrá requerírsele para que así lo haga, dentro del plazo de un mes, sin que ello constituya una nueva citación. Los antecedentes requeridos en el ejercicio de esta facultad y que no fueren acompañados dentro del plazo indicado serán inadmisibles como prueba en el juicio, en los términos regulados en el inciso duodécimo del artículo 132 de este mismo Código”.

<sup>1489</sup> “Artículo 11.- (...) Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

<sup>1490</sup> “Artículo 11 bis. Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el

refundido hoy en el cuerpo legislativo recién invocado. Esta institucionalidad franquea al interesado el acceso tanto a las motivaciones del acto administrativo, como a los antecedentes que le sirvieron de base, en un lógico correlato de igualdad de armas, especialmente sensible en este género de procesos de fiscalización.

Este último bloque normativo fue, finalmente, complementado para la materia que nos ocupa, mediante la dictación de la ley N°20.422 que introdujo al Código fiscal, el catálogo de los derechos del contribuyente, incorporando un artículo 8 bis nuevo, cuyos numerales 3° y 5° tratan expresamente de la exhibición (extra judicial, en sede de fiscalización tributaria administrativa) de los antecedentes en que se basa la actuación de la autoridad tributaria indagatoria<sup>1491</sup>.

Se trata, pues, de una institucionalidad cuyo diseño ha ido evolucionando al interior del ordenamiento jurídico tributario chileno a lo largo de los últimos 35 años, pero con reforzado dinamismo a partir de la dictación de la citada ley 20.322, de 2009, que tuvo la particular virtud de introducir al estatuto la vinculación del proceso de entrega y exhibición de documentación, que ya existía de una forma u otra, al litigio judicial posterior, en forma de una inadmisibilidad documental tributaria<sup>1492</sup>, que se erige como la sanción dispuesta por el legislador para afrontar los casos de reticencia o derechamente ocultamiento en la exhibición de documentos por parte del contribuyente requerido a tales efectos.

**2.3.6.-** Si bien el contexto normativo que se viene de describir compartía ya buena parte de los rasgos del *discovery* al perfilarse como una instancia ante judicial de intercambio de información que permitía, por cierto, definir de mejor forma la manera en que la Administración tributaria o el contribuyente iban a enfocar el eventual litigio posterior, lo cierto es que la total apertura, transparencia e igualdad de armas no se vino a lograr sino hasta la introducción de la ya citada regla del artículo 132 inciso 12° del Código Tributario, primero, y del inciso tercero del artículo 60 bis después, pues emplazó, como se dijo, el proceso de exhibición de documentos, en un estándar de obligatoriedad legal, materializada en la sanción procesal a la que ha de sujetarse el litigante que, obrando de manera negligente o,

---

*conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.*

<sup>1491</sup> “Artículo 8° bis.- Sin perjuicio de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes, constituyen derechos de los contribuyentes, los siguientes: (...) 3° Derecho a recibir información, al inicio de todo acto de fiscalización, sobre la naturaleza y materia a revisar, y conocer en cualquier momento, por un medio expedito, su situación tributaria y el estado de tramitación del procedimiento (...) 5° Derecho a obtener copias, a su costa, o certificación de las actuaciones realizadas o de los documentos presentados en los procedimientos, en los términos previstos en la ley”.

<sup>1492</sup> ARAYA (2016), p. 3,4.

derechamente maliciosa, deja de cumplir sus obligaciones en este orden de materias<sup>1493</sup>. Se evita con ello la litigación de “sorpresa” que, como es sabido, es objetivo esencial del proceso de *discovery*<sup>1494</sup>, y se sirve a éste precisando de mejor forma, de ser ese el caso, las estrategias de demanda o de defensa de las partes.

Sin embargo, la ausencia hasta fechas muy recientes<sup>1495</sup> de un estatuto que admitiera la conciliación en materia tributaria, baldaba, de manera muy importante, los beneficios que el *discovery* puede reportar en los términos ya expresados en los apartados anteriores pues, en realidad, tan importante como su efecto sobre la transparencia y simetría en la litigación, lo es el de la facilitación de la negociación entre las partes, como lo hemos reiterado con precedencia, en base a la dogmática más autorizada que se ha expedido sobre este particular, y valioso, efecto del intercambio de información en la instancia ante judicial<sup>1496</sup>.

De hecho, la sola posibilidad de abrir una negociación en base al intercambio de información viene a instaurarse, como se dijo, en una de las virtualidades más relevantes del *discovery* que lo han elevado a un estándar casi constitucional, de hecho, en los Estados Unidos<sup>1497</sup>, pues se le entiende formar parte integral de la garantía del debido proceso. Resulta fácil de predecir, por consiguiente, que la puesta en régimen la institucionalidad de la conciliación en materia tributaria<sup>1498</sup>, permitirá que el *discovery* en esta área despliegue todas sus potencialidades, tanto al interior del litigio como fuera de él, tal y como se prevé ocurra en el juicio civil reformado, de adoptarse idéntico partido.

Sin perjuicio de la limitante que se viene de expresar, ocurre que ofrece nuestro particular *discovery* tributario un interesante desarrollo jurisprudencial que avala, por una parte, la conformidad de la institución con la Carta Fundamental merced al

---

<sup>1493</sup> La sanción propia de la inadmisibilidad documentaria se encuentra diseñada para el caso de que el reticente en la exhibición sea el contribuyente mas no el Servicio. En este último caso, esto es, que la entidad fiscalizadora se negara sin fundamento a poner a disposición la documentación pertinente a requerimiento del fiscalizado, habrá de recurrir éste al proceso de reclamo que estatuye el inciso final del artículo 8 bis del Código Tributario, por vulneración de las garantías del contribuyente, ante el Tribunal Tributario y Aduanero o, en términos más amplios, mediante el ejercicio del recurso de protección que el artículo 20 de la Constitución Política del Estado contempla. Con todo, en el evento que el Servicio, ni aún mediando estas acciones jurisdiccionales, acceda a la exhibición o puesta a disposición de la información, no parece en absoluto aventurado sostener que habría de aplicarse idéntica sanción a la que el ordenamiento contempla para el fiscalizado, esto es, la inadmisibilidad documentaria, hipótesis ésta, eso sí, bastante extrema y de escasísima, si no nula, ocurrencia práctica.

<sup>1494</sup> Por todos: HAZARD y TARUFFO (2006), p. 129.

<sup>1495</sup> Concretamente, hasta la fecha de promulgación de la ley 21.039 de 20 de octubre de 2017.

<sup>1496</sup> GROSS ET AL (1996), p. 51.

<sup>1497</sup> HAZARD (1998), p. 1694.

<sup>1498</sup> Ley 21.039, Diario Oficial de 20 de octubre de 2017.

pronunciamiento de parte del Tribunal Constitucional ante requerimientos de inaplicabilidad de la nueva institucionalidad<sup>1499</sup>, en tanto que por otra, ha permitido ir estableciendo estándares de control jurisdiccional en torno a la envergadura que puede alcanzar la misma y, muy particularmente, el alcance forense bajo el cual se debe materializar la sanción que el legislador previó para su incumplimiento y que para el contribuyente resulta ser particularmente grave<sup>1500</sup>, pues puede llegar al extremo de privarlo de buena parte, si no de todo, su sostén probatorio, lo que justificará la rigurosa supervisión judicial del cumplimiento pormenorizado de la totalidad de los requisitos de procedencia preceptuados por el legislador comenzando, desde luego, por conferir al contribuyente potencialmente afectado por la medida, la oportunidad de manifestar lo que convenga a su derecho, en respeto de una esencial bilateralidad de la audiencia que, si bien no ha sido expresamente reglada por las normas del procedimiento general de reclamaciones del Código Tributario, encuentra plena justificación en los motivos que se vienen de expresar, en línea con los ya manifestados, para ordenamientos comparados, en secciones anteriores<sup>1501</sup>, lo que constituye, en definitiva, un aval al funcionamiento de la entidad en cuestión, armonizada con un control judicial continuo sobre sus efectos potencialmente más perniciosos, reflejados esto a su vez en hacer víctima al contribuyente de una virtual desaparición jurídica de sus medios de prueba más importantes, resultado que, en definitiva, entraña la amenaza de transformar el eventual litigio posterior en una mera ritualidad destinada a simplemente confirmar la actuación del órgano administrativo.

---

<sup>1499</sup> Tribunal Constitucional, 31 de enero de 2013, rol 2.279-12 INA. En torno a esta sentencia, se ha comentado que confirma que la constitucionalidad de la regla del artículo 132 del Código Tributario radica en su racionalidad, la que a su vez se asienta en el objetivo manifiesto que se plantea de hacer congruente la fase de averiguación ante judicial con la etapa de producción jurisdiccional de prueba, impidiendo además una eventual prescripción de las prerrogativas de averiguación. Así en ARAYA ET AL (2016), p. 15.

<sup>1500</sup> Tribunal Tributario y Aduanero (TTA) de Talca, RIT GR-07-47-2015, 19 de diciembre de 2017, considerando 15°.

<sup>1501</sup> Tribunal Tributario y Aduanero de Talca, RIT GR-07-47-2015, 19 de diciembre de 2017, considerando 16°. Establece la sentencia en comento que son requisitos de procedencia de la invocación de la sanción de inadmisibilidad documentario, a acreditar por el Servicio de Impuestos Internos, los siguientes: (a) Solicitud precisa, específica, de la documentación cuya inadmisión se pretende en el trámite pre judicial de la Citación conforme lo dispone el artículo 63 del Código Tributario; (b) Vinculación directa de los antecedentes recabados en sede administrativa, con las operaciones que se encuentran sujetas a fiscalización; (c) Disponibilidad real de los antecedentes para el contribuyente y (d) Ausencia de alegación de motivos que pudiesen justificar la falta de aportación de los documentos por motivos no imputables al contribuyente. Siempre en relación con este último requisito, y fundado precisamente en la gravedad de la sanción que pende sobre el contribuyente, se ha resuelto, además, que a pesar de concurrir la totalidad de los requisitos legales, aún podrá acreditar la defensa del contribuyente la concurrencia de un impedimento extraordinario, no imputable, desde luego, a este último, que justifique la falta de aportación. Así en: TTA de Valdivia, 31 de marzo de 2016, RIT GR-11-24-15.

Es precisamente la función de control de este último efecto, su contraste ya no sólo con la normativa procesal que lo regula sino que además con la medida en que aquél pudiese implicar una restricción injustificada, e ilegítima, de la grave garantía fundamental puesta en juego, la que ha desempeñado la judicatura especializada, conformando con ello un entramado jurídico de profunda relevancia en la aplicación de la institucionalidad<sup>1502</sup>.

**2.3.7.-** Dado que la experiencia tributaria presenta, como particular punto de interés, el haber dado origen a un análisis jurídico y empírico de una de las sanciones más graves que contempla el ordenamiento ante la reticencia del litigante en aportar la información que le es requerida<sup>1503</sup>, resulta propicio hacerse cargo, ahora, de un extremo hasta este punto no tratado respecto de esta misma materia, a saber, la conducta a adoptar frente al interviniente que no aporta un antecedente que, sabidamente, le puede resultar perjudicial de cara a un eventual litigio posterior o a un proceso de negociación.

Dos cuestiones previas se deben despejar en este contexto, en todo caso. Primero y quizás la más evidente, que la sanción modelada de acuerdo a aquella que estatuye el artículo 132 inciso 12° del Código Tributario resultará, en este escenario, predeciblemente inerte, pues ningún efecto tendrá que el interviniente opere bajo el apremio de verse privado de presentar una prueba que le es adversa, pues nunca se puso en el supuesto de ofrecerla tampoco<sup>1504</sup> y, segundo, que no resulta del todo pacífico sostener que la obligación de observar una conducta de buena fe y colaboración alcance al extremo de imponer al interviniente, o a su defensa, en la obligación de ofrecer, voluntariamente y desde

---

<sup>1502</sup> Escasas semanas antes de entregarse la versión final de la presente investigación, el Ministerio de Hacienda ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley de modernización tributaria (Mensaje 107-366 de 28 de agosto de 2018). Entre otras medidas, el proyecto en actual tramitación elimina por completo el *discovery* descrito en estas líneas, tanto en su versión judicial del artículo 132 como administrativa del artículo 60 bis del Código Tributario. Si bien no se conocen cuáles serían las motivaciones que llevaron al ejecutivo a formular tan lamentable propuesta, pues nada se indica en el Mensaje en torno a este particular, lo cierto es que sólo parece posible atribuirlo, nuevamente, a la tendencia a legislar sin tender la vista sobre la experiencia forense, de cuyos efectos ya ha sido víctima la institucionalidad tributaria, pues eliminar esta institucionalidad, una vez que ha sido chequeada su constitucionalidad y delimitada jurisdiccionalmente sus alcances, viene resultando tan inexplicable como haber introducido en 2009, a través de la ley 20.322, un modelo de juzgamiento fundado principalmente en la escrituración, en una etapa en que la totalidad de los procedimientos reformados introducían componentes orales de importante prevalencia. Aquél proyecto, como el que venimos de mencionar, tuvieron ambos su origen, como se dijo, en la cartera de Hacienda, sin que se conozca algún género de intervención del Ministerio de Justicia o comisión interministerial convocada a tales efectos. Los (lamentables) efectos están, pues, a la vista.

<sup>1503</sup> Y en estos términos ha sido concebida la institucionalidad que establece la ley tributaria. Así por ejemplo en: TTA de Rancagua, 30 de marzo de 2015, RIT GR-6-45-14.

<sup>1504</sup> HUNTER (2008), pp. 167-170.

ya, aquél material de convicción que sabidamente arrojará resultados contraproducentes para su posición<sup>1505</sup>. Este fue también un punto intensamente debatido a propósito de la obligación de revelación espontánea (*disclosure*) en los Estados Unidos, introducida en la reforma de 1993 y, prontamente, revisada en las reformas de 2000 y más profundamente, de 2016<sup>1506</sup>.

Asentado que ha sido lo anterior, esto es, que la simple sanción procesal de prohibir al interesado valerse en juicio de los antecedentes que rehúsa aportar no resultará eficiente en todos los casos y que tampoco podrá exigírsele la manifestación voluntaria de los mismos como reflejo de la buena fe que debe observar o de la colaboración entre partes y con el tribunal<sup>1507</sup>, resulta lógico concluir que el partido a adoptar, respecto del reticente, debe ser otro, quizás inclusive más intenso. Tal vez en el *discovery* tributario ello no tenga tanto sentido, pues si el reticente fuese el ente público, siempre restará al afectado la reclamación de la responsabilidad administrativa e incluso la utilización de este fundamento como fundamento de su reclamación y si fuese el contribuyente, debe recordarse que el Servicio de Impuestos Internos cuenta con una serie de atribuciones verdaderamente exorbitantes para alcanzar dicha información, incluso en poder de terceros y de forma aún coactiva<sup>1508</sup>, pero el estatuto fiscal representa, de todas formas, un valiosísimo punto de partida.

Ahora bien, dado que las sanciones o medidas a concebir han de tener por objetivo obtener la entrega, o manifestación de antecedentes de manera forzada de parte del interviniente reacio a hacerlo, necesariamente se habrá de tratar de arbitrios que, de una manera u otra, impongan una limitación a las prerrogativas del rebelde y, concretamente, el vencimiento de su derecho a mantener bajo reserva cierta información que le puede ser perjudicial, en aras de mantener la igualdad de armas y la transparencia entre litigantes, de manera que no puede sino tratarse de entidades sujetas, nuevamente, a un estricto control judicial (tal y como lo son las que se le imponen al contribuyente en la entidad en estudio) entregando a la instancia jurisdiccional por tanto, ante una falta de colaboración más o menos evidente, la valoración de la conducta asumida por el reticente y, dentro de ello, las eventuales alegaciones que pudiese formular éste en torno a los “*privileges*” o motivos que justifican la eventual reserva o falta de aportación<sup>1509</sup>, tal

---

<sup>1505</sup> HUNTER (2016), p. 209.

<sup>1506</sup> PEÑA (2017), pp. 85,86.

<sup>1507</sup> PALOMO (2013) (B), p. 460.

<sup>1508</sup> Código Tributario, título IV, artículos 59 y siguientes.

<sup>1509</sup> La jurisprudencia de los tribunales tributarios y aduaneros se ha expedido, también, en torno a la necesaria ponderación de estos motivos, resolviendo, por ejemplo, que no basta la mera comprobación de una afección de salud, por grave que ésta sea, si ello no va acompañado de la prueba que demuestre que dicha dolencia ha representado un impedimento concreto para aportar la información requerida (TTA Atacama, 12 de junio de 2013, RIT GR-4-11-14) o que la alegación

y como ocurre en el medio comparado con, por ejemplo, la información vinculada a secreto profesional o antecedentes relativos a menores de edad<sup>1510</sup>.

Vencida que ha sido esta resistencia, se abre para el juez la posibilidad de, siempre valorando la conducta del interesado, imponer cargas económicas importantes<sup>1511</sup>, o vinculadas a la prueba a rendir, e incluso, en extremo, la posibilidad de cerrar, *in limine*, en perjuicio del todo o parte de las alegaciones del reticente, el litigio, solución que adopta el modelo que diseñan las CPR bajo la denominación de “*strike out*”<sup>1512</sup> y que, en lo tocante a la valoración de la conducta

---

de eventuales desórdenes administrativos no permiten escurar la falta de aportación documental si la reclamante no acredita, a la vez, que dicho desorden no le fue imputable y que adoptó todas las medidas que estaban a su alcance para mitigar sus consecuencias (TTA Araucanía, 12 de julio 2012, RIT GR-8-55-11). En todos los casos se requiere, en armonía con la norma rectora, que sea el contribuyente quien acredite la gravedad del impedimento de que fue víctima, reservándose el tribunal la resolución del incidente, habitualmente, para definitiva.

<sup>1510</sup> PEÑA (2017), p. 96.

<sup>1511</sup> El *leading case* en el Reino Unido post – CPR en materia de imposición de sanciones económicas ante la conducta reticente o derechamente obstructiva del litigante en la fase ante judicial es el fallo en alzada “*Halsey v. Milton Keynes NHS Trust*” de 2004. En él, la Corte enumeró los criterios que había de tener presente el tribunal para valorar la conducta ante judicial de la parte y, particularmente, ante la convocatoria judicial a negociar y, eventualmente a mediar. Los criterios enumerados que permiten valorar dicha conducta fueron: “...la naturaleza del conflicto; los méritos de fondo de la defensa; la medida en que otros medios alternos han sido intentados ya; si es que los costos de un sistema alternativo son desproporcionadamente elevados; si existe una demora perjudicial en el proceso de establecer y asistir a una convocatoria SARC o si, por último, este último tenía una expectativa razonable de tener éxito”. Así en ANDREWS (2017) p. 13. A pesar de ser criterios vinculados, en este caso, a una eventual convocatoria a mediar, parece lógico, precisamente por su emplazamiento en fase previa, hacerlos extensivos a la participación, de buena fe, en el proceso de intercambio de información que radica en la misma etapa.

<sup>1512</sup> Civil Procedure Rules, sección 3.4: “2) *El tribunal puede desestimar un fundamento de una defensa si comprueba: (...) (b) que el fundamento del caso constituye un abuso procesal o si puede potencialmente, de cualquier otra forma, obstruir el curso equitativo del proceso o (c) cuando se verifique una rebeldía en el cumplimiento de una regla, o de una orden del tribunal. (3) Cuando el tribunal determine desestimar el fundamento de una defensa, puede instruir las medidas consecuenciales que estime apropiadas*”. Las FRCP, en su regla 37, adopta medidas similares para la parte reticente, traducidas en sanciones económicas, de inadmisión de prueba e incluso de desestimación parcial o total de una defensa, presentando además una importante actualización en una nueva sección (e) a propósito de la desaparición “accidental” de ESI (*electronically stored information*, información de respaldo digital): (e) *INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE CONSERVAR INFORMACIÓN ALMACENADA ELECTRÓNICAMENTE (ESI)*. Si con motivo de haber dejado de adoptar medidas suficientes para conservarla, se pierde ESI que hubo de haber sido razonablemente preservada para precaver o conducir el litigio, y no resulta posible reponerla o reemplazarla mediante *discovery* adicional, el tribunal: (1) si establece que la pérdida de la información puede causar perjuicios a la otra parte, puede disponer medidas tendientes a subsanar el perjuicio concreto; o (2) sólo una vez establecido que la parte requerida ha actuado con intención de privar a la contraria del acceso a la información en el litigio, podrá: (A) presumir que la información extraviada era adversa para la parte; (B) instruir al jurado que puede o debe presumir que la información era adversa para la parte; o (C) desestimar la acción o dar inicio a un juicio en rebeldía”. El control judicial de las medidas de coacción es, por tanto, irremplazable, tal y como lo demuestra, por demás, la propia experiencia nacional citada en el cuerpo principal.

del litigante, ha sido avalada también por la dogmática nacional en forma de medidas debidamente reguladas y “bastanteadas” por la sede judicial<sup>1513</sup>, que incluso están llamadas a desplazar otras concepciones, cuyo principal reparo radica en la amenaza que entraña hacia la igualdad de armas o la imparcialidad del juez, como ocurre con la carga dinámica de las pruebas<sup>1514</sup>, imponiéndose, con todo, la necesidad de afrontar el debate en torno a la valoración de la buena fe procesal y las consecuencias, como se dijo, de su quebrantamiento<sup>1515</sup>.

**2.3.8.-** En definitiva, resultará lógico y congruente con las ideas que se viene de verter concluir, de lo que se lleva expuesto, que tanto la experiencia nacional en la materia, como el abundante material comparado, demuestran que la institucionalidad del intercambio ante judicial de información se encuentra grave e inexplicablemente pospuesta por nuestros proyectos de reforma procesal civil, que prescinden de una herramienta valiosísima de complemento y sostén del juicio adversarial oral que se pretende implantar, sin que concurren, como hemos dicho con reiteración, motivos verdaderamente racionales, lógicos, que justifiquen no haber considerado en absoluto esta institucionalidad: *“Los abogados que utilizan con frecuencia (el discovery) en su práctica profesional, encuentran en esta herramienta una ayuda valiosísima en la promoción de la justicia. El discovery cumple, en muchos sentidos, la misma función en el campo del derecho que aquella que en la medicina y en la cirugía desempeñan los rayos X; y si su uso se extiende lo suficiente y sus métodos se simplifican, la litigación dejará pronto de ser un juego aleatorio de posibilidades (...) (en cambio) El abogado que renuncie al uso de los procedimientos de discovery, se encontrará en la misma posición que el médico que se propone tratar una enfermedad de gravedad sin hacer uso antes de los rayos – X”*<sup>1516</sup>.

### **3.- El llamado a promoción de los SARC modelado como herramienta funcional a los procesos reformados de justicia civil.**

#### **3.1.- Una lectura forense de la nueva concepción del estatuto SARC.**

---

<sup>1513</sup> PALOMO (2013), p. 462: *“(...) debiera el legislador hacerse cargo de regular de mejor manera la consecuencia procesal perjudicial para los intereses de la parte que no aporte una prueba (...)”* a lo que debemos agregar que no se trata, rigurosamente, de la falta de aportación de un material probatorio determinado sino de la reticencia en aportar un antecedente relevante que puede o no venir a concretarse en una prueba de convicción judicial pues, como hemos advertido anteriormente, el adecuado entendimiento de la institucionalidad del *discovery* obliga a disociarla del proceso de producción de prueba sin que ello implique, desde luego, soslayar la eventual instauración de sanciones vinculadas, ahora sí, con las potestades probatorias de la parte renuente.

<sup>1514</sup> PALOMO (2013), p. 458.

<sup>1515</sup> PICÓ (2004), p. 19.

<sup>1516</sup> Con citas a Ragland y Sunderland: SUBRIN (1998), pp. 709, 717.

**3.1.1.-** Al enfocar las conclusiones que arroja la presente investigación, se presenta como uno de sus mayores desafíos lograr una perspectiva imparcial, racional y científica de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos, pues se desarrolla este análisis en una época de dicotomías radicales en torno a la real virtualidad que dicha institucionalidad ofrece<sup>1517</sup>, contrastes dogmáticos que cubren el rango que va desde la más entusiasta (y muchas veces irreflexiva<sup>1518</sup>, como se apuntó antes) promoción de aquellos, incluso a costa de inaceptables caricaturas del juicio estatal adjudicativo<sup>1519</sup>, hasta la anatemización de los mismos, denunciándolos como el medio que oscuras potestades utilizan para privatizar la resolución de conflictos civiles con inconfesables fines, eminentemente económicos, de racionalización de recursos económicos, no sólo estatales<sup>1520</sup>, en perjuicio de los más débiles.

Con la finalidad de privilegiar un abordaje objetivo, desapasionado y conclusivo del punto, hemos señalado con precedencia que deslindamos, desde ya, de los SARC en particular, la mediación y arbitraje comerciales y corporativos, marginación que hemos justificado en capítulos anteriores en la histórica referencia de los diferendos en dichas áreas ya no sólo a medios de resolución propios, diversos de los públicos, sino que incluso a estatutos jurídicos diversos a los estatales, anteriores incluso a la legislación positiva común y que parecen ajustar mejor a sus necesidades<sup>1521</sup>. Incluso, podremos agregar acá, el hecho que el arbitraje y, en especial, el vinculado a las áreas ya descritas, provenga las más de las veces de cláusulas compromisorias que establecen un tribunal heterónomo, dotado de potestades resolutorias, en el que sólo se encuentra ausente la potestad de imperio, trae emparejado como consecuencia que no sea en absoluto excepcional que en la sede comparada se le excluya del catálogo de SARC, por entendersele, en realidad, otra forma de adjudicación jurisdiccional tradicional<sup>1522</sup>, conclusión que se replica, también, en la dogmática nacional<sup>1523</sup>. Ello tal vez explique, en buena medida, la confusión en que se incurre al tratar de identificar esta realidad con una supuesta “judicialización” del arbitraje que se habría de rechazar<sup>1524</sup> y

---

<sup>1517</sup> NIEVA (2016), p. 263.

<sup>1518</sup> MARCUS (2018), p. 173

<sup>1519</sup> GENN (2013), p. 412.

<sup>1520</sup> Apuntando a la presión de los gremios de mediadores carentes de puestos de trabajo y a motivaciones vinculadas exclusivamente con la racionalización en el uso de recursos públicos promovida por los gobiernos conservadores: GENN (2013), pp. 408, 412-413.

<sup>1521</sup> DELGADO (2016), p. 249.

<sup>1522</sup> JACKSON (2012), p. 4.1.

<sup>1523</sup> PÉREZ ET AL (2006), p.174.

<sup>1524</sup> VÁSQUEZ (2016), p. 36. Enlaza esta doctrinante su parecer en tal sentido, principalmente, con el rechazo a la institución del arbitraje forzoso, pues ésta privaría al sistema del rol que debe jugar la autonomía de la voluntad lo que en realidad, no termina de superar la inconsistencia, pues se efectúa el análisis a partir de los principios que informan la Ley de Arbitraje Comercial

que, sin embargo, constituye una concepción de los SARC (esta última) en general y del arbitraje en particular que parece concitar el consenso de buena parte de la dogmática de mayor influencia en Chile<sup>1525</sup>. Por esta vía, se omite considerar, además, que incluso en los Estados Unidos, desde hace ya al menos dos décadas, existe consenso en torno a la inclusión de aquellos al interior del ámbito de los procesos judiciales y no conceptualmente lejanos a éstos, máxima que resulta particularmente relevante para el arbitraje, la mediación de referencia judicial e incluso para el modelo “med-arb” que añade una fase arbitral de no lograrse alcanzar consenso en la mediación<sup>1526</sup> sobre todo, como se recordó en nota de cita reciente, con la finalidad de enfatizar el control judicial sobre la juridicidad del SARC<sup>1527</sup>.

Sin perjuicio de lo que se lleva expresado, se ha de agregar a las razones que alejan el arbitraje de los restantes SARC, el hecho que el primero ha sido calificado, con suficiente fundamento comparado, como una realidad “elitista” por los costos que impone<sup>1528</sup>, aún de entrada, a las partes<sup>1529</sup>. Entre nosotros, curiosamente, es precisamente esa barrera de entrada la que se ha destacado favorablemente, entroncándola con la finalidad de llevar a una internalización de los costos del litigio y a revertir el efecto regresivo que tendría un acceso irrestricto

---

Internacional, positivizada en nuestro medio a través de la ley 19.971 de 2004 que, como su propio denominación lo indica, está concebida para resolver conflictos transnacionales, en que no existe una judicatura estatal nacional única de referencia como no sea aquella que, de manera muchas veces equívoca y controversial, señalen las reglas del Derecho Internacional Privado. Esta refutación no es, ni con mucho, una novedad, pues la encontramos anunciada ya hace casi 10 años (VÁSQUEZ (2009), p. 130) no obstante lo cual, en todo este período, no se termina de explicar cómo una tesis de desjurisdiccionalización absoluta, radical y combativamente agresiva [*“En base a estas consideraciones, seguir sosteniendo la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en el Derecho –sic- interno resulta un descriterio que deberá enmendarse en un futuro”*], se armoniza con las garantías fundamentales al debido proceso legal que conforman, por cierto, la base de la actividad jurisdiccional, estatal o no, y que, paradójicamente, la misma fuente reclama para el arbitraje (VÁSQUEZ [2009], p. 128). No parece, con todo, ser posible reconducir este reparo hacia aquellas consideraciones vertidas desde la sede comparada, en forma de advertencia hacia los potenciales efectos nocivos que una concepción en extremo “judicial” de los SARC pudiese tener, al rigidizarlos y privarlos con ello de ciertos rasgos benéficos que de ellos se reclaman. (VIGORITI [2008], p. 127) sino que se pretende apuntar, al hecho que existe evidencia comparada reciente y muy cercana, en el modelo argentino de inserción de mediación obligatoria, que demuestra que una homologación judicial total de los resultados que arrojan los procesos SARC por parte de la judicatura suscita reparos graves, incluso de orden constitucional. Así en GIANNINI (2014), p.164.

<sup>1525</sup> PEÑA (2005), p.127.

<sup>1526</sup> RESNIK (1995), p.235.

<sup>1527</sup> RESNIK (2015), p. 2810.

<sup>1528</sup> Concepción persistente allí donde el arbitraje es de mayor recurrencia: *“(El control de juridicidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos) debe asegurar que este tipo de alternativas ofrezcan mecanismos alternos igualitarios, reactivos a las asimetrías entre litigantes mediante exenciones de pago a favor de los indigentes, acciones de clase u otros medios para proteger las oportunidades de participación efectiva”*. Así en RESNIK (2015), p. 2811.

<sup>1529</sup> NIEVA (2016), p. 269.

a la judicatura estatal<sup>1530</sup>, sirviendo, con todo, de justificación para la perspectiva que adopta el análisis propuesto, la que deja al arbitraje ocupando un lugar muy cercano a la jurisdicción tradicional y lejos, en realidad, de los restantes SARC.

**3.1.2.-** En seguida, cabe recordar que nos hemos fijado como objetivo de la investigación, el análisis de entidades de medios comparados en la medida que ellas sirvan de apoyo, sustento y complementariedad a los esfuerzos desplegados en el medio nacional en pos de la reforma procesal civil y, puestos en este escenario, será preciso ser particularmente enfáticos en señalar que el verdadero objeto de estudio, en esta línea de motivaciones, ha de ser, en realidad, la inserción de los mecanismos de promoción intrajudicial de los SARC más que éstos últimos en su pormenorizada individualidad<sup>1531</sup>, rasgo que caracterizó, por lo demás, la evolución de la institucionalidad en el medio angloamericano<sup>1532</sup>. Esta nota resulta ser, entre nosotros, particularmente relevante, pues hemos señalado con reiteración, en este preciso entendido (que es el que se pretende por parte de los reformadores por demás<sup>1533</sup>), que surge la ineludible necesidad de entenderles insertos en un motivo éste último que ha justificado, a su vez, que nos hayamos inclinado por la denominación SARC (Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos) pues lo cierto es que sólo como parte integrante de un conjunto armónico y congruente logran aquellos desplegar toda su virtud en apoyo de las innovaciones que anuncia la Reforma Procesal Civil y de ahí que no revista ningún tono peyorativo mantener la denominación de “alternos” en su tratamiento<sup>1534</sup>, dando buena cuenta con ello, además, la profunda relevancia que le asignaremos al uso preciso, exento de ambigüedades, de la terminología al designar entidades jurídicas<sup>1535</sup>, por una parte y por otra, de la imperiosa necesidad de concebir

---

<sup>1530</sup> PEÑA (2005), p. 118.

<sup>1531</sup> NIEVA (2016), pp. 267-268.

<sup>1532</sup> NÚÑEZ (2009), p. 31.

<sup>1533</sup> No siempre parece haberse tomado en cuenta la relevancia de esta perspectiva en la extensión que aquí se pretende: De la esquematización propuesta por el informe encargado por el Ministerio de Justicia a la U. Alberto Hurtado en 2013, se hace referencia a dos modelos de promoción SARC, uno institucional, a cargo de entidades de orden administrativo y otro de simple registro y referencia (Informe Final, U. Alberto Hurtado, p. 11). Lo cierto es que ninguno de ellos llega a cubrir la propuesta de promoción intrajudicial inserta en fase antejudicial.

<sup>1534</sup> Informe final. U. Alberto Hurtado (2013), p. 4. Curiosamente, se sostiene en este informe que la denominación asignada: “...denota un orden secundario y una orientación a desjudicializar el tratamiento de los conflictos...” en circunstancias que el partido que hemos adoptado apunta, manifiestamente, en un sentido exactamente opuesto.

<sup>1535</sup> Iniciativas como la que impulsa la “Comisión de Lenguaje Claro” del Poder Judicial (<http://www.pjud.cl/comision-lenguaje-claro>), visitada el 27.sept.2018) pueden, en un principio, parecer atractivas frente al objetivo de obtener un acercamiento optimizado del sistema de resolución de conflictos a la ciudadanía, pero irrogan un riesgo cierto de banalizar la comunicación técnica, precisa, de conceptos jurídicos cuyo establecimiento ha tomado décadas, si no siglos, de evolución, como lo demuestra la rica herencia latina que impera en un medio que es, por demás, letrado, programas los primeros cuyas nefastas consecuencias ya han sido descritas en el medio

modelos unitarios como los que se proponen en estas páginas<sup>1536</sup>. Nótese, en todo caso, que de manera alguna se propone como meta censurar o coartar las iniciativas de innovar la apertura de nuevos cauces de resolución de los conflictos de naturaleza civil, en la medida que pueda aplicárseles algún género de control sobre la efectiva vigencia, en ellos, de las bases del debido proceso<sup>1537</sup>.

Adoptada que ha sido esta definición de recíproca y necesaria complementariedad<sup>1538</sup>, sustentada incluso por los más entusiastas promotores angloamericanos de los SARC<sup>1539</sup>, no resultará aconsejable enfatizar dicotomías que son de sobra conocidas sino que, por el contrario, apuntar hacia un entendimiento ampliado de los procesos de resolución de conflictos en los que el sistema de adjudicación judicial estatal tradicional debe, también, abrirse a dar cabida a algunos de los fundamentos estructurantes de los SARC y procurar su armonización con aquellos que guían la función jurisdiccional<sup>1540</sup>.

Por la inversa, y así lo hemos enunciado también, la simple promoción de los SARC, como si de entidades enteramente autónomas o independientes se tratara (como ocurre entre nosotros con la promoción indiscriminada del modelo “multipuertas” que representa, en realidad, riesgos muy relevantes ni tan siquiera afrontados<sup>1541</sup>), incurre en la impropiedad de solventar una retórica carente de sostén dogmático real, efecto denunciado incluso en los medios en que aquellos

---

comparado: “Quizás lo más preocupante (...) sea el rechazo del lenguaje jurídico. Se nos dice que el sistema de los tribunales debe enfocarse mejor en la resolución de conflictos de cara a la mayoría de los usuarios, más que apoyar ideales grandilocuentes de justicia...”: GENN (2013), p. 415.

<sup>1536</sup> Esta última es la línea evolutiva actual, tanto es así que se prefiere, en el medio imperado por el *common law*, la expresión *dispute resolution* (DR) por sobre la tradicional ADR, entendiéndose que en la primera se engloba, también, la administración estatal de justicia. Así en RESNIK (2015), p. 2807.

<sup>1537</sup> RESNIK (2015), p. 2808.

<sup>1538</sup> “Una teoría de la resolución de conflictos que pretenda abstraerse de la realización de los valores del derecho material subestimando al proceso y viceversa, que desconfíe y subestime la cooperación e intereses que no tienen relevancia jurídica, pero sí de pacificación, es ciega e incompleta”. Así en PÉREZ ET AL (2006), p.182.

<sup>1539</sup> CHERNICK (2004), p.194.

<sup>1540</sup> RESNIK (2013), p. 111. Propone como ejemplo esta autorizada doctrinante estadounidense el incontestable atributo de la publicidad y transparencia que inspira desde tiempos inmemoriales (los cifra en las máximas de Bentham) la función judicial. Un adecuado entendimiento de la estructura que informa los SARC, obligará a entender que éstos no tienen porqué ser entendidos, necesariamente, como una suerte de conciliábulo secreto, aislado del escrutinio público, o cuando menos en una medida mayor al juicio estatal, en cuyo contexto se ha reconocido, a la vez, que el legislador ciertamente puede construir ciertas áreas en que se privilegia una litigación reservada en pos del resguardo de bienes jurídicos superiores.

<sup>1541</sup> “El resultado es un sistema que puede ser motejado de inconstitucional, en que los servicios estatales de resolución de conflictos son externalizados a favor de cientos de proveedores carentes de mayor regulación, cuyas reglas son muy difíciles de encontrar, con procesos generalmente cerrados y resultados de incierta predicción”. Así en RESNIK (2015), p. 2809.

más se han desarrollado<sup>1542</sup> y que además irroga el riesgo de afectar gravemente las garantías del interesado, particularmente si se adopta un modelo con ribetes de referencia obligatoria, ello sin dejar de considerar que esa promoción, liviana y simplista, omite considerar, por una parte, los bemoles que el incentivo público de los SARC ha presentado en aquellos ordenamientos comparados que han experimentado desde hace décadas con su introducción<sup>1543</sup>, incluso como sistemas privilegiados<sup>1544</sup>, dentro de los cuales los autocompositivos siguen siendo la regla general<sup>1545</sup> y por otra, el valor institucional que representa la adjudicación que obra la administración estatal de justicia mediante la sentencia tradicional<sup>1546</sup>, ya no tan sólo frente a los justiciables sino que frente a la totalidad del ordenamiento y comunidad jurídicas<sup>1547</sup>, cuya propia paz social aconseja mantener una vía franca, abierta, a la solución heterónoma, judicial estatal de las controversias<sup>1548</sup>, también como esencial fuente del derecho, aún en ausencia de la regla del *stare decisis* que identifica a los sistemas angloamericanos<sup>1549</sup>.

Es en este punto en el que, estimamos, se torna imprescindible volver en torno a la congruencia entre los objetivos que se presentan frente a la comunidad nacional

---

<sup>1542</sup> “Es ésta (la de los SARC en general y la mediación en particular) una historia de éxitos notables y la raíz de los logros retóricos de los movimientos de aliento a la mediación puede hallarse en su habilidad en comunicar un mensaje simple (pero empíricamente no comprobado) a los legisladores que se encontraban en medio de la brega por racionalizar los costos del sistema judicial. A pesar de la evidencia en torno a lo crítico que resulta el espíritu de colaboración para llegar a un buen acuerdo mediado, que hay costos financieros y de otro tipo que asumir si la mediación fracasa y que es importante modelar el sistema de resolución de la disputa a la medida del conflicto ante él, el entusiasmo (por la mediación) de los legisladores parece permanecer inalterado (...) e incrementarse al punto de ser presentada ya no como una alternativa útil o complementaria a los tribunales estatales, sino que como un igual o, incluso, como un método preferente para gestionar la disputa”. Así en GENN (2013), p. 410.

<sup>1543</sup> JACKSON (2012), p. 5.2.

<sup>1544</sup> Véase, por todos, un reporte muy reciente en MARCUS (2018), pp. 191-195.

<sup>1545</sup> Y, concretamente, entre ellos, la negociación y la mediación: JACKSON (2012), p. 4.3-4.5.

<sup>1546</sup> GENN (2013), p. 409.

<sup>1547</sup> DELGADO (2016), p. 247.

<sup>1548</sup> Se ha sostenido, por ejemplo, que el hecho que la Yakuza, la mafia japonesa, haya penetrado con tal facilidad en todos los estratos de la sociedad nipona, se debe en buena medida al hecho que el acceso a los tribunales estatales se ha hecho tan restringido desde todo punto de vista, que no resulta raro contratar un miembro de estas bandas que imponga una suerte de solución “autotutelada” en casos que serían de litigación más bien rutinaria en otras latitudes, como conflictos de arriendo o de cobranza de deudas de envergadura más bien modesta: MARCUS (2018), p. 194. El medio japonés, de hecho, es conocido por su escasa población de abogados dedicados al litigio, cuyo prestigio estuvo en tela de juicio hasta hace sólo algunas décadas atrás por entenderse que el medio en que se desenvuelven (el litigio partisano remunerado) no transmite el prestigio que, en cambio, sí inviste a la judicatura. Esfuerzos desplegados por diversos gobiernos para revertir esta situación han tenido un éxito de escasa envergadura, e incluso regresivo. Así en: TANGINUCHI (2006), p. 97. Con referencia estadística al número de abogados y al efecto que tiene en la litigación *per se* ampliada en Japón: SUGIYAMA (2015), pp. 203-204.

<sup>1549</sup> PÉREZ ET AL (2006), pp. 173-174.

como aquellos que se buscan alcanzar mediante la instauración de la reforma procesal civil, por una parte y por otra, aquellos que, probadamente, son posibles de lograr mediante la adopción de unas u otras institucionalidades<sup>1550</sup>. Esta máxima de congruencia mínima necesaria y exigible pasa, como no, por contar con un sustrato de investigación científica y empírica mínima que permita sostener, con algún grado de certidumbre, el resultado concreto del ensamble entre propuestas, objetivos y metas.

**3.1.3.-** Lo que se viene de explicar resulta ser particularmente crítico a la hora de analizar la institucionalidad que se examina en estas líneas, pues lo cierto es que, derechamente, no existe en nuestro medio ese insumo básico, elemental que permita enlazar los objetivos a los que apunta la reforma procesal civil con la promoción intrajudicial intensiva de los SARC<sup>1551</sup> y, lo que es más grave, la experiencia comparada tampoco es unívoca en la materia<sup>1552</sup>. Si a esta falencia se unen los severos reparos originados en la ausencia de un estatuto de información suficiente del interesado<sup>1553</sup>, resulta del todo lógico concluir que se trata ésta de una herramienta que debe ser considerada con especial reserva y cautela antes de inclinarse por su adopción a ultranza, sin que ello implique, desde luego, renunciar desde ya a los beneficios que ella pueda reportar a los procedimientos civiles reformados<sup>1554</sup>.

### **3.2.- La arriesgada apuesta por los SARC en el estado actual del arte.**

**3.2.1.-** La ausencia de información proveniente de estudios científicos acabados, de base empírica, no sólo es uno de los más graves reparos en contra de la promoción intrajudicial SARC en el medio nacional, sino que además se suma al hecho que incluso en el medio angloamericano, paradójicamente tenido como aquél en que, por excelencia, se ha desarrollado este tipo de herramientas<sup>1555</sup>, tampoco

---

<sup>1550</sup> Con referencia, precisamente, a los confusos mensajes a favor de la mediación en el medio inglés ya reformado por las CPR: GENN (2013), p. 409.

<sup>1551</sup> Dogmáticamente, se ha atribuido este vacío investigativo a ciertas predisposiciones básicas de la ciencia jurídico procesal, que centra el desarrollo de sus instituciones en torno al juicio adversarial público y que, por lo mismo, se vería forzado a ubicar a los SARC en sus extramuros, como entidades de excepción. Así en PEÑA (2005), p. 111. De acuerdo a este autor, es posible superar esta limitante si se asume una perspectiva sociopolítica y no estrictamente procesal, en el análisis de las instituciones que forman parte de aquellos, el que no parece alejarse mucho, en realidad, del prisma que ofrece el análisis económico del derecho: NÚÑEZ ET AL (2015), p. 597.

<sup>1552</sup> MARCUS (2018), p. 193.

<sup>1553</sup> GIANNINI (2014), p. 170.

<sup>1554</sup> DELGADO (2016), p. 248.

<sup>1555</sup> NÚÑEZ (2009), p. 113.

se cuenta, aparentemente, con una densidad mínima de información de este tipo<sup>1556</sup>.

Peor aún, la información que sí que existe, parece apuntar al hecho que, en realidad, los SARC en general, aún los de promoción intrajudicial, no han obrado, en realidad, y como habitualmente se consigna desaprensivamente por parte de la doctrina<sup>1557</sup>, como una salida privilegiada al juicio estatal heterónomo que presente una serie de beneficios en términos de eficiencia, rapidez, economía e incluso humanos, en forma de restar al diferendo su carácter adversarial<sup>1558</sup>, sino que, simplemente, han venido a ocupar una parte más o menos relevante que era ocupada, desde antaño, por la negociación directa entre partes: *“Los tribunales estadounidenses nunca resolvieron la mayoría de los litigios, y nunca lo harán. Las personas sensatas no quieren que así ocurra y la mayoría de sus asuntos no claman por una solución de tipo ‘jurídico’”*<sup>1559</sup>, lo que explica su linaje, cercano a las medidas de descongestión judicial que, por mucho que se pretendan alejar de la caracterización de los SARC, se presenta como un objetivo repetitivo y muy resiliente a alegaciones en contrario, con el agravante que, a pesar de los discursos en contra, no resulta infrecuente constatar el reparo permanente acerca del otorgamiento de una salida de “segunda clase” al interesado.

No parece posible, por lo tanto, seguir manteniendo como premisa que justificaría la promoción SARC intensiva, el que éstos acudan en apoyo de un mejor y más amplio acceso a la justicia o de eliminación de asimetrías entre litigantes<sup>1560</sup>,

---

<sup>1556</sup> Otro tanto ocurre, por ejemplo, en Argentina, cuyas jurisdicciones civiles cuentan ya desde hace tiempo con modelos obligatorios de referencia a mediación en materias civiles y comerciales. Al tratar en torno a los fundamentos dogmáticos que encierra la promoción de este específico SARC, en cuanto se les vincula con un mejoramiento del acceso a la justicia, se ha sostenido, con toda claridad, que: *“...las bases teóricas y metodológicas de esa fundamentación política, son susceptibles de ciertos reparos, tanto respecto de la idoneidad del modelo de mediación prejudicial obligatorio como un verdadero mecanismo de acceso a la justicia, como respecto de los datos estadísticos utilizados para justificar el criterio adoptado”*. Así en GIANNINI (2014), p. 163.

<sup>1557</sup> JEQUIER (2016), p. 124.

<sup>1558</sup> *“A pesar de la naturaleza privada de los SARC, se sostiene que al mantener a los conflictos jurídicos alejados de los tribunales la mediación (en particular) constituye una forma de aumentar el acceso a la justicia. Este aserto requiere, con todo, un escrutinio más cercano: La mediación no contribuye al acceso a los tribunales pues se desarrolla específicamente lejos de éstos; no representa una promoción de los derechos sustantivos pues durante la mediación se requerirá que las partes renuncien a lo que ellas entienden por su legítimo derecho y se enfoquen más bien en resolver el problema; a los mediadores no les interesa la sustancia del derecho pues su rol es del asistir a las partes para que alcancen un acuerdo; el mediador se abstiene de enjuiciar la calidad del acuerdo negociado. El éxito de la mediación se define tanto en la literatura como por los propios mediadores como aquellos acuerdos que las partes puedan simplemente “sobrevivir”; el resultado de la mediación, por lo tanto, no es sólo en torno al acuerdo sino que sólo el acuerdo y más aún, un factor crítico de los SARC lo es su privacidad”*. Así en GENN (2012), p. 411.

<sup>1559</sup> MARCUS (2018), p. 195.

<sup>1560</sup> RESNIK (2015), p. 2809.

efecto este último que se ha descartado en estatutos comparados de larga experiencia en la materia, incluso extraños a la órbita del *common law*<sup>1561</sup>, particularmente en el medio estadounidense, a partir de la postura adoptada por la Corte Suprema en aval del “cierre” de la información judicial y relajamiento de las reglas del debido proceso a fin de hacer posible el calce de la privacidad que caracteriza la resolución de asuntos en sede SARC<sup>1562</sup> en el control de juridicidad de éstos.

**3.2.2.-** La adecuada comprensión de este último fenómeno, en toda su relevante extensión, es clave. Ello permitirá alcanzar un nuevo nivel de comprensión del fenómeno estadounidense e inglés en la materia y constatar por ejemplo, en línea con lo que se deja explicitado, que la perenne existencia de proporciones muy relevantes de asuntos que, sencillamente, no llegaban a la puerta del tribunal pues se negociaban antes, “en la sombra de la ley”<sup>1563</sup>, aún en épocas largamente pretéritas<sup>1564</sup>, era en definitiva lo que explicaba que en la sede angloamericana (salvedad hecha, nuevamente, a los alcances de este último concepto, desde luego), los porcentajes de asuntos que llegaban a desarrollar en forma un litigio estatal tradicional fuesen crónicamente reducidos, resultado que no es atribuible, ni siquiera de manera predominante, al efecto que tuvo la aplicación intensiva de referencia intrajudicial de uno o más sistemas alternos<sup>1565</sup>. Se penetra así en el

---

<sup>1561</sup> “Es discutible que la mediación prejudicial en la Argentina deba seguir siendo considerado como un mecanismo de acceso a la justicia. Aún cuando no debe confundirse la idea de acceso a la justicia con la de ‘acceso al poder judicial’, tampoco debe caerse en el exceso de considerar que cualquier método alternativo de resolución de conflictos coadyuva al acceso a la justicia por el sólo hecho de ser más rápido y económico en el modo en el que puede llegarse a un acuerdo. Los mecanismos de acceso no pueden desentenderse de la justicia intrínseca de la solución, ni de las desigualdades materiales con las que las partes comparecen al proceso de autocomposición. Si en la mediación no predomina uno u otro propósito, es difícil encuadrarla como un verdadero instrumento de acceso”. Así en GIANNINI (2014), p.169.

<sup>1562</sup> RESNIK (2015), p. 2824.

<sup>1563</sup> “(...) el potencial descriptivo de esta metáfora se mantiene intacto. En la medida que el derecho crece para abarcar los SARC, con él se mueve la sombra”. Así en RESNIK (1995), p. 265.

<sup>1564</sup> Para el medio estadounidense, se describía, para fines de la década de los '30 del siglo pasado, esto es, en los primeros años de operación de las FRCP, un porcentaje de asuntos que, definitivamente, llegaban a ser resueltos en un juicio, de alrededor del 15%. Sesenta años más tarde, ese porcentaje se había reducido a un 3%. Si bien la disminución es dramática, ella ocurrió muy paulatinamente y, en realidad, nunca implicó un cambio radical en las proporciones de asuntos que encontraban su solución en paralelo al sistema público de resolución de conflictos. Así en RESNIK (2003), p.189.

<sup>1565</sup> “(Las cuatro alternativas básicas de SARC) se denominan ‘alternativas’ por cuanto ofrecen un proceso de resolución de disputas diferente a la adjudicación propia del litigio tradicional. Aún cuando se les concibe habitualmente como alternativas al juicio, los procedimientos SARC son en realidad (atendido el muy pequeño porcentaje – menos del 5% - de casos que llegan a ser juzgados) fundamentalmente alternativas a formas tradicionales de solución antejudicial del conflicto. Más que reemplazar el juicio, en realidad parecen reemplazar las negociaciones de último minuto”. Así en BURBANK ET AL (1997), p. 697. Y aún dentro del número de asuntos que

análisis de la así llamada “cifra negra” que, precisamente por decir relación con asuntos que se resuelven al amparo de una negociación desarrollada al margen de los cauces oficiales (o estatales al menos) y, por lo tanto, de la publicidad y transparencia que asume en éstos, resulta sumamente difícil de sondear hasta el día de hoy, fenómeno que a los doctrinantes y operadores nacionales no les puede resultar extraña, si se considera que de acuerdo a los escasos estudios empíricos disponibles, para la primera década del siglo XXI, del total de asuntos civiles ingresados a los tribunales chilenos, aquellos que llegaron a ser, efectivamente, resueltos por una sentencia adjudicativa propiamente tal, nunca pasó de un 5%, y ello considerando, en esta última cifra, aquellos casos en que se presentó oposición a una ejecución dineraria, apartado que conforma la gran masa de asuntos civiles judicializados<sup>1566</sup>.

De esta manera, ocurrirá que el apoyo que representan los sistemas alternos para el juicio estatal adversarial, que es la virtualidad a la que racionalmente se puede apuntar en definitiva<sup>1567</sup>, hay que buscarla, en realidad en motivos, si se quiere, más “inconfesables”, o “políticamente incorrectos”, si se quiere, pero no por ello menos relevantes. Éstos motivos se encuentran relacionados, primero, con la imposibilidad práctica, incluso material, de que el juicio oral público desarrollado en toda su envergadura, llegue alguna vez a una porción mayoritaria del universo de interesados de demandas por resolución de conflictos civiles que presenta la comunidad<sup>1568</sup> (y por esto se sostiene que es un elemento de supervivencia básico del juicio estatal, tal como lo era y sigue siendo, la negociación directa entre partes)<sup>1569</sup>, segundo, con el hecho que la solución de carácter dispositivo mediada o negociada mimetiza bajo un manto de legitimidad<sup>1570</sup>, de cara a la comunidad, falencias graves que pueden y suelen afectar a la manera como viene funcionando el aparato estatal<sup>1571</sup>, particularmente en lo que toca al debido amparo que la

---

llegaban a ser resueltos por un juez estatal, al menor un 35% de ellos lo eran tras el acogimiento de mociones de rechazo *in limine* o de *summary judgement*: RESNIK (1986), p. 512.

<sup>1566</sup> RIEGO ET AL (2015), p.25.

<sup>1567</sup> Este análisis se puede emprender desde una perspectiva “externa” cuando se consideran las externalidades de apoyo al proceso vinculadas, por ejemplo, a una mejor regulación de costos o de acceso al sistema o bien “interna” cuando se centra la vista en las “...formas interpersonalmente adecuadas de tratamiento del conflicto...” lo que puede conducir a problemas de consistencia en las conclusiones que arroje el análisis de la institucionalidad. Así en PEÑA (2005), pp. 112-113.

<sup>1568</sup> NÚÑEZ (2009), p. 9.

<sup>1569</sup> Se ha descrito, en este sentido, una relación directa entre la movilidad social de comunidades en desarrollo, asociada a una “explosión del litigio” que obliga a “*juridizar los conflictos y a desjudicializar la manera de resolverlos*”, justificándose así la promoción estatal de los SARC. Así en PEÑA (2005), p. 117.

<sup>1570</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 690.

<sup>1571</sup> “(...) cuando la mediación y el arbitraje se utilizan simplemente como globos sonda para distraer la atención de los males de la justicia, aparentando que el Estado se ocupa de los problemas de los justiciables, en realidad les remite a un simple ‘do it yourself’. Y eso es lo que

justicia pública debe prestar a los derechos sustantivos de los interesados quienes, las más de las veces, renunciarán a porciones importantes de aquellos para arribar a una solución negociada y por último, pero no por ello menos relevante, con el ahorro de recursos públicos que implica la promoción de la justicia de sede privada alentada desde la instancia estatal<sup>1572</sup>, de especial relevancia en medios que no se han caracterizado por la generosidad de los recursos materiales y humanos puestos a disposición de la institucionalidad judicial, que por lo demás parece ser la generalidad de los casos, no sólo los de economías más modestas como la nuestra<sup>1573</sup>.

**3.2.3.-** A las razones ya consignadas, que aconsejan el diseño (o rediseño) del modelo de promoción de los SARC que, finalmente, adoptarán nuestros nuevos modelos procesales, se debe agregar el hecho, prácticamente incontestable ya, que el medio chileno, como ocurre en la generalidad de hispanoamérica, nunca se ha caracterizado por una adhesión particularmente masiva hacia aquellos<sup>1574</sup>, sino que, precisamente al contrario, la inclinación casi natural ha sido y sigue siendo, incluso en medios comerciales y corporativos que se entienden más cercanos a los SARC, hacia la “publicitación” del diferendo<sup>1575</sup>, esto es, entender que sólo la sede estatal de juzgamiento posee una autoridad real de resolver el diferendo.

Frente a este hecho empíricamente comprobable, que se refleja incluso en las bajas tasas de acuerdo en los SARC institucionales, parece casi lógico recurrir a una promoción estatal, semi – obligatoria de los mismos, modelada a partir, por ejemplo, del ya analizado diseño de la mediación en salud. Sin embargo, esa propuesta se topa con el reparo, avalado ya por una mayoría preponderante de la doctrina, incluso aquella más entusiastamente promotora de los sistemas alternos, dirigido a observar que la obligatoriedad en materia de sistemas alternos

---

*históricamente ha conducido precisamente a la autotutela, que es justamente lo que se pretendió evitar con el proceso judicial*”. Así en NIEVA (2016), p. 269.

<sup>1572</sup> Y que revierte, precisamente, en el efecto de descongestión que se pretende obtener merced la aplicación intensiva de las referencias SARC. A pesar de los graves reparos que, desde la perspectiva de la calidad de la salida que se le ofrece al interesado, se formula a privilegiar esta externalidad de los sistemas alternos, lo cierto es que en nuestro medio se le identifica como un efecto prevalente y, por cierto, de especial consideración. Así en NÚÑEZ (2009), p. 30. Por inconfesable que sea este objetivo, por lo tanto, su silenciada presencia preside, aún inconscientemente, la promoción de los SARC.

<sup>1573</sup> *“Todos debemos estar al tanto, a estas alturas, que los presupuestos públicos alrededor del mundo se han visto afectados por la austeridad, lo que ha tenido un impacto en los procedimientos. Una forma en que los Estados pueden buscar el ahorro de recursos, es mediante la entrega de responsabilidades de decisión de diferendos a oficinas (administrativas) “para judiciales” más que a instaurar más jueces “verdaderos” y caros. Por supuesto, esto da lugar a la cuestión de qué es un juez “verdadero”. Aún cuando la independencia judicial es un estándar internacional, que significa exactamente es un punto aún sujeto a debate*”. Así en MARCUS (2018), p. 185.

<sup>1574</sup> TWINING (1993), p.391.

<sup>1575</sup> JEQUIER (2016), p.124.

representa, prácticamente, una contradicción de términos, pues lo verdaderamente característico de aquellos es la voluntariedad, de la mano de la posibilidad de recurrir, libremente, a la justicia estatal cada vez que el interesado así lo decida. Con no escaso fundamento, la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que otorgó “carta de juridicidad” a la mediación en salud ha sido objeto de autorizados reparos<sup>1576</sup>, los que sólo se mitigan por el hecho de ofrecer dicha institucionalidad a los interesados la posibilidad de abandonar el proceso en cualquier momento, incluso en sus más tempranas etapas lo que presenta, nuevamente, un segundo reparo, pues no parece lógico empeñar un esfuerzo humano y material considerable en la promoción de un sistema que, en definitiva, termina por funcionar sólo como una fase “certificadora” prejudicial.

La constatación que se viene de consignar, esto es, aquella que tiende a relevar la casi irremontable dificultad que representa superar los reparos que se dirigen hacia los modelos estatales de promoción obligatoria de los SARC dan pie a otro orden de reflexiones, aún de mayor complejidad y profundidad. Desde luego, y en esto nos remitiremos a todo lo que expusimos en los apartados anteriores, dado que lo que se busca con aquellos es “empoderar” al interesado, hacerlo consciente que él se encuentra a cargo de su propio conflicto, entonces nuevamente pareciera ser que lo más lógico sería apostar por la obligatoriedad de las fases antejudiciales de intercambio de información pertinente o, en breve, de *discovery*, pues en definitiva la medida y extensión de ellas dependerá en forma exclusiva de los propios interesados que, una vez concluidas, se encontrarán en un inmejorable pie para definir si perseverarán en el litigio ante la justicia estatal o si bien optarán por alguna forma de SARC o incluso por la negociación directa, sin que puedan proponerse objeciones desde las garantías fundamentales al debido proceso pues, no olvidemos, el *discovery* presenta además la valía de proyectarse con fuerza hacia el ordenamiento del litigio estatal, en caso de llegar a materializarse éste.

Pero en seguida, y en esto habrá de ser particularmente cuidadosos, ocurre que las alternativas de promoción estatal de sistemas alternos con tintes de obligatoriedad consagran, en realidad, lo que se ha dado en llamar la promoción del estatuto “desde arriba hacia abajo” pues es en definitiva el Estado el que utiliza la coerción, traducida en sanciones del más diverso rango (que ni siquiera muchas veces se rotulan como tales sino que como simples requisitos de “procesabilidad civil”), para obtener la difusión del medio alterno y desincentivar la litigación

---

<sup>1576</sup> Como muestra de lo fundado de estas críticas, valga la pena destacar que también en los Estados Unidos, tenidos paradigmáticamente como el medio de aplicación SARC por excelencia, surgen cada vez con más fuerza los reparos al aval irrestricto que la Corte Suprema ha extendido hacia su aplicación ilimitada. Así en RESNIK (2015), p. 2811.

estatal<sup>1577</sup>, ello por contraste a los modelos de promoción “desde abajo hacia arriba”, en que la potestad pública, también la judicial, simplemente “siembra” la sede alternativa, la propone, a la espera que el interesado opte (o no) por ella, al tiempo que cobija, promueve e incentiva las iniciativas que se originan de parte de la propia comunidad, otorgándoles, ahora sí, respaldo de juridicidad, como ocurre, por ejemplo, con las sedes gremiales o universitarias de resolución de conflictos.

Es preciso subrayar esta última línea de razonamientos, pues dentro de las conclusiones a la que arribaron los expertos convocados por el Ministerio de Justicia, con la muy concreta finalidad de ventilar el llamado a la promoción de los SARC que generaba el mensaje del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, se cuenta precisamente la apreciación que se viene de reseñar: *“En general, en el ámbito de los SARC es posible distinguir entre proyectos que surgen como una iniciativa estatal, y por tanto, ilustrativos de un desarrollo de la mediación “de arriba hacia abajo” (como política pública), de aquellos que surgen desde la sociedad civil y, por tanto, ilustrativos de un desarrollo “de abajo hacia arriba”. En Chile surgen con mayor fuerza a partir de la década de los noventa, principalmente en base a iniciativas del Estado, existiendo también un significativo apoyo de parte de organismos internacionales, tales como la Organización de Estados Americanos, para su promoción y financiamiento, el cual se recibe de forma coetánea a la colaboración internacional prestada para realizar reformas a la justicia en términos más amplios. Por su parte, las Municipalidades también han sido un actor relevante en la promoción de los SARC, con y sin apoyo financiero de la Administración, mediante diversas políticas y programas de mediación y conciliación. Junto a lo anterior, estos mecanismos surgen en Chile desde la sociedad civil, especialmente a través de organizaciones no gubernamentales y Universidades, aunque generalmente con apoyo estatal<sup>1578</sup>”*.

Ahora bien, sostenemos que el análisis que se deja anunciado amerita un enfoque particularmente cuidadoso pues, dándose por establecido que el modelo preponderante en el medio nacional, al menos en los últimos veinticinco años, ha sido el de la promoción “de arriba hacia abajo”<sup>1579</sup>, lo cierto es que nuestro medio sigue caracterizándose por la muy escasa adhesión voluntaria a la sede alterna,

---

<sup>1577</sup> Con referencia a los litigios de familia incluso antes de la introducción de la institucionalidad vinculada a los juicios de disolución de vínculo: PEÑA (2005), p.128.

<sup>1578</sup> Informe Final Panel de Expertos Modelo Orgánico para la Incorporación de SARC, Ministerio de Justicia, Abril 2013, p. 6.

<sup>1579</sup> Las ya mencionadas medidas de promoción “de arriba hacia abajo”, que pueden cumplir un amplísimo rango, que cubre desde la simple socialización publicitaria hasta el empleo de herramientas legales coercitivas son descritas, en realidad, como un mecanismo al que echa mano la potestad pública con el preciso objeto de incentivar el uso de los medios SARC en aquellos ordenamientos en que su inserción no ha derivado en una utilización intensiva de los mismos. Así en ANDREWS (2017), pp. 9-10.

de manera que resulta lógico concluir que la funcionalidad de aquél es, cuando menos, muy cuestionable.

Este hecho, es decir, la discutible funcionalidad de los diseños de imposición oficial no es desde luego, como se advirtió, nada nuevo para la sede comparada, que ha descrito con profusión de antecedentes y, en fechas muy recientes, la notoria debilidad de este tipo de modelos en términos bastante categóricos y autorizados por provenir de medios caracterizados, precisamente, por la intensa y extendida promoción de la actividad vinculada con los SARC: *“Sabemos (de la experiencia acumulada), por ejemplo, que a pesar de la promoción de la mediación y de la presión que pueda ejercer la judicatura, ha habido una demanda relativamente débil ‘desde abajo hacia arriba’, incluso para esquemas de muy bajo costo vinculados al tribunal. Esto es particularmente cierto para casos que involucran daños personales en que, históricamente, la gran mayoría de los casos suele negociar sin llegar a la sentencia heterónoma estatal (...) Dado que la mayoría de los casos se va a cerrar en una negociación, la mediación ofrece, principalmente, la posibilidad de un acuerdo temprano, pero ocurre que al menos en las primeras etapas del litigio, muchos litigantes no están preparados aún para llegar a un acuerdo, que es lo que requiere, precisamente, la mediación”*<sup>1580</sup>.

**3.2.4.-** Se trata pues, nuevamente, de armonizar discursos con objetivos que aparentemente aún no se terminan de diseñar, pues resta aún por consensuar (si ello es posible) la solución a adoptar frente a cuestionamientos clave<sup>1581</sup>, de hermanar lo que se predica, aún (y especialmente) desde la sede oficial con el diseño reformado que, finalmente, se ofrece como vía de mejoramiento cualitativa y eficaz del sistema de administración de justicia como conjunto<sup>1582</sup>, en el entendido que se logre definir, o cuando muy menos transparentar, el debate crítico a considerar en materia de SARC, a saber, de si éstos son, efectivamente, una herramienta funcional al mejoramiento del acceso a la justicia<sup>1583</sup>, o si obra en

---

<sup>1580</sup> GENN (2013), p. 404, describiendo la aplicación del programa ARM de mediación de referencia obligatoria en Londres que dio lugar al informe que se citó en los capítulos anteriores, modelado éste a propósito de la experiencia aplicada en Ontario, Canadá.

<sup>1581</sup> *“(…) ¿cuál de (las) varias formas alternativas socialmente disponibles y, en aspectos relevantes, funcionalmente equivalentes, son las que hemos de fomentar y porqué? La respuesta a esa pregunta configura una cierta decisión en materia de política de justicia y contribuye a diseñar (...) un óptimo”*: PEÑA (2005), p. 112.

<sup>1582</sup> Esta precisa necesidad ha sido enfatizada enérgicamente desde la sede comparada. Tratando acerca de la inconsistencia en el trato que, públicamente al menos, el ejecutivo y el judicial dispensan a la mediación obligatoria y la práctica forense que se ha desplegado a su alrededor, se ha dicho concretamente que: *“Se necesita articular con claridad cuáles son las expectativas cifradas en el sistema judicial civil”*. Así en ANDREWS (2017), p. 11.

<sup>1583</sup> BRITO (2018), p 9. Sosteniendo el Presidente de la Corte Suprema que el ejercicio jurisdiccional corresponde *“naturalmente”* al Poder Judicial, llama derechamente a afrontar el desafío de *“...cuestionar la incorporación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en que*

realidad como el último refugio de un adversarial debilitado<sup>1584</sup>; de si es posible, también entre nosotros, definir un nivel socialmente óptimo de litigación en sede estatal<sup>1585</sup>, de la manera en que se equilibra el valor inmanente de la adjudicación heterónoma con las virtudes que se predicán de los sistemas alternos<sup>1586</sup>, de la realidad que subyace a estas últimas y cómo se enfrentan las externalidades que frente a finalidades como la de apertura de acceso a la litigación aparecen como negativas, como reportan extensas experiencias en sede comparada<sup>1587</sup> y de, en definitiva, determinar la medida y extensión en que los SARC constituyen un real apoyo a los procedimientos civiles reformados<sup>1588</sup> pues algunas de las medidas

---

*los sujetos intervinientes en el conflicto abandonan su rol pasivo y adversarial, para comulgar con una lógica colaborativa y participativa en la solución de sus controversias. Se trata de generar un verdadero proceso de diálogo que permita arribar a consensos de pequeña escala pero, de lograrse su aplicación masiva, de gran impacto”* ello a pesar de la muy concreta meta que en esta materia, ha establecido el Plan Estratégico del Poder Judicial que el mismo exponente invoca.

<sup>1584</sup> DAMASKA (1997), p. 141.

<sup>1585</sup> SHAVELL (2003), p. 99. El análisis económico del proceso que propone este doctrinante, ha sido recogido, ampliado y promovido entre nosotros apuntando, precisamente, al juego “suma cero” del litigio (MARCUS [2017], p. 54), en que se produce un máximo de eficiencia (Pareto) en que el incremento de posibilidades de acceder al sistema de resolución de conflictos debe plantearse en términos de evaluar cuál será el costo que ello irrogará a quienes serán prestadores del servicio y quienes sujeto pasivo de estas pretensiones, pues en este punto de equilibrio, la adopción de medidas de política judicial implican, todas ellas, la afectación de la situación de quien se presenta como eventual destinatario de ellas. Así, por ejemplo, un aumento de la eficiencia en la tramitación en los tribunales, homologado a una reducción de los precios en los mercados sobre bienes inelásticos (a mayor lentitud en la tramitación burocrática de tribunales, mayores retrasos en la solución del conflicto y se impone por esta vía a los afectados una serie de costos que resulta difícil no equiparar con un aumento de precios del mercado), aumentará considerablemente la demanda por servicios judiciales y derivará en un costo alternativo asimilable con la congestión con la que habrán de lidiar jueces y usuarios. Así en PEÑA (2005), p. 117.

<sup>1586</sup> Se proclama incluso de algunos, en concreto de la mediación, la potencialidad no ya de simplemente resolver el problema que se presenta ante ellos sino que, de manera mucho más profunda y duradera, generar un cambio personal en los interesados que permite superar el diferendo de manera humana, virtualidad ésta que de manera alguna podría llegar a adjudicarse como una externalidad del juicio estatal tradicional. Así en BARUCH ET AL (2006), p. 131.

<sup>1587</sup> *“Habiendo presenciado el incentivo a la litigación a través de reglas relativas a los honorarios legales, hemos estado experimentando con el uso de mecanismos destinados ahora a desincentivar la litigación. Habiendo abierto ancha puerta a la sala judicial, ahora buscamos desviar parte del tráfico hacia otros espacios. El debido proceso, el más preeminente del catálogo de valores procesales en los Estados Unidos, está cambiando de forma”.* Así en BURBANK ET AL (1997), p. 684.

<sup>1588</sup> Una desapasionada propuesta de equilibrio entre SARC y adjudicación heterónoma tradicional para la sede inglesa puede encontrarse entre doctrinantes que ocupan señalados lugares, además, en la judicatura superior, en los siguientes términos: *“Admito que la mediación no es, por cierto, una panacea universal. El proceso que conduce a ella puede ser caro y resultar, con frecuencia, en salidas fallidas (...) Sin embargo, la mediación puede jugar un rol significativamente mayor en el sistema de enjuiciamiento civil que aquél que se le ha reconocido hasta el día de hoy (...) tampoco estoy de acuerdo con la propuesta que la obligatoriedad sea impuesta por los jueces. En vez de ello, los jueces deben investir la potestad discrecional de dictar las medidas de gestión que para cada caso estimen adecuadas a las circunstancias de cada asunto en particular (...) hay (sin*

adoptadas para su promoción, parecen haber seguido un derrotero exactamente inverso al proyectado<sup>1589</sup>, como ocurrió con la pretendida descongestión y alivianamiento de las agendas judiciales tras la introducción de la muy criticada normativa CJRA en los Estados Unidos<sup>1590</sup>, objetada ya desde sus orígenes, recuérdese, por haber prescindido de datos provenientes de un *feed back* forense de consideración. En definitiva, parece perfectamente lógico sostener, en este cauce de ideas, que antes de enfocarnos en poner de relieve los beneficios que, eventualmente, reportará la promoción reforzada de un estatuto amplio de referencia SARC, es necesario definir cuál de las debilidades del juicio estatal (que las tiene y las seguirá, indudablemente, padeciendo) pretende superarse mediante la adopción de aquellos<sup>1591</sup>.

Aún cuando la frondosísima producción dogmática norteamericana puede servirnos de apoyo en este derrotero<sup>1592</sup>, lo cierto es que se trata de un debate que debemos afrontar a tiempo, antes de apostar por la incorporación irrestricta de la institucionalidad. Y si lo que se pretende solventar, a través de la adopción del sistema de promoción, es el punto débil que revelará una demanda incontenible por servicios judiciales de parte de los interesados (no necesariamente vinculados exclusivamente a la eficiencia o celeridad), ¿es posible avizorar, a partir de nuestro feble escenario investigativo empírico, que ese será el estado de cosas una vez que un nuevo proceso civil (sea cual sea su diseño) se ponga en marcha? ¿O se está en verdad corriendo el riesgo de introducir reformas donde, en realidad, no eran necesarias, como ocurrió con el ejemplo que presentan las CJRA de 1990 en los Estados Unidos?<sup>1593</sup>

**3.2.5.-** Consecuentes con esta línea de reflexiones en torno a la imprescindible armonización de los discursos con los objetivos, no tardaremos en sostener que, quizás, la más relevante de las consecuencias ha de ser la de asumir y propalar abiertamente, sin ambages ni medias tintas, que en definitiva, a través de los SARC se promueve una privatización de la resolución de conflictos<sup>1594</sup>, remover

---

embargo) *muchos casos en que lo que las partes necesitan es una estricta estipulación de sus derechos y responsabilidades. Los tribunales están en disposición de proveer tal servicio, pero antes de embarcarse en la sangrienta refriega que representa el litigio partisano adversarial las partes deben primer explorar las posibilidades que la negociación les ofrece*". Así en JACKSON (2012) p. 5.2 y 5.4. El autor de esta cita es Lord integrante de Corte Superior y una reconocida autoridad en litigación civil, recuérdese que se le invoca como uno de los proponentes de reforma a las CPR en materia, precisamente, de reducción de los costos que aquella entraña.

<sup>1589</sup> BURBANK (1997), p. 698.

<sup>1590</sup> KATZ (1993), p. 52.

<sup>1591</sup> EDWARDS (1986), p. 669.

<sup>1592</sup> "Frondosísima" para emplear el concepto de los más autorizados doctrinantes del medio nacional: NÚÑEZ (2009), p. 30.

<sup>1593</sup> CHASE (2006), pp. 170-171.

<sup>1594</sup> NÚÑEZ (2009), p. 9.

una porción cada vez más relevante de éstos del ámbito de la jurisdicción estatal a otro donde, dado que la publicidad y la transparencia ya no son prevalentes, imperan soluciones y salidas extrañas a la adjudicación en base a méritos jurídicamente sustantivos y cercanas a las propuestas de mercado, de eficiencia<sup>1595</sup>, en línea con muchos de los predicados del análisis económico del derecho<sup>1596</sup>. Un debate profundo, extendido y descarnado de esta realidad se echa de menos, aún, en nuestro medio, lo que se adquiere ribetes críticos si se considera la desenfadada promoción de los sistemas alternos, incluso desde la sede judicial estatal<sup>1597</sup> pues parece derechamente no considerar la serie de bemoles que se vienen pormenorizando, y que afectan a la inmensa mayoría de potenciales usuarios del sistema<sup>1598</sup>.

Son las que se vienen de reseñar, como se ve, campo de definiciones elementales (como por ejemplo, la que atañe a la armonización del derecho sustantivo con los SARC<sup>1599</sup>), pero no por ello (o quizás precisamente debido a ello) menos esenciales y ocurre que no existe aún en nuestro medio (y tampoco en el comparado) un consenso elemental, sustantivo, que permita edificar conceptos consensuados ni tampoco empíricamente sólidos, vacío en realidad difícil de soslayar y que torna aún más crítica la necesidad de abocarse a sanear, primero, la sensible inexistencia de medidas que solventen el estatuto de información del interesado, paso previo e ineludible para la promoción de los SARC, tal y como lo explicamos y fundamentamos algunas páginas atrás. Dicho en otros términos y en apretadísima síntesis, sólo la superación de los nudos críticos que se enuncian más arriba, que ascienden incluso hasta el rango de las garantías fundamentales<sup>1600</sup>, reflejados en omisiones tan graves como la que se indicaba en la sección anterior, vinculada a la información previa y suficiente del interviniente, permitirá echar mano libremente a la activación de herramientas de referencia a los sistemas alternos desde sede intrajudicial.

La más elemental carta de navegación por los diseños reformados debiera revelar la seriedad de los escollos que restan por salvar antes de arribar a la meta propuesta en este ámbito por nuestros reformadores ello, claro está, de mantener ésta su plena valía ante la serie de graves objeciones que se plantean en su contra, sintetizadas ellas en el negativo efecto que la promoción de las SARC

---

<sup>1595</sup> Se ha sostenido que es esto lo que se busca, precisamente, por contraste a un juicio público, como el estadounidense, donde (siempre en esta línea dogmática) el imperio es de la ineficiencia, tardanza y costo económico, traducido en definitiva en la desigualdad “fisiológica” que impera en el tribunal estatal estadounidense: TARUFFO (2008), p. 232.

<sup>1596</sup> RESNIK (2000), p. 999.

<sup>1597</sup> MUÑOZ (2016), p. 16.

<sup>1598</sup> RESNIK (2015), p. 2813.

<sup>1599</sup> Materia aún pendiente de resolver en el medio europeo continental: LAGARDE (2001), p. 425.

<sup>1600</sup> RESNIK (2015), p. 2810.

podría llegar a tener el proceso reformado y, en definitiva, para la garantía del acceso universal a una justicia célere, eficaz y de adecuada relación costo beneficio.

#### **4.- *Last but never least*<sup>1601</sup>. La operación de los sistemas reformados en eras de conflictos de poder. Gestión del litigio entre potestades forenses y jurisdiccionales. Conclusiones necesarias.**

##### **4.1.- La ineludible perspectiva forense.**

**4.1.1.-** En capítulos y secciones anteriores, hemos volcado nuestros esfuerzos en la empresa de demostrar el núcleo de la hipótesis planteada al inicio de la investigación, esto es, en señalar, especificar y demostrar cómo ciertas instituciones, desarrolladas al amparo de los ordenamientos procesales angloamericanos (con las reservas que, sabemos, merece este último concepto), son enteramente funcionales a los objetivos planteados por nuestros proyectos de reforma procesal civil, primero, para en seguida enseñar cómo es cierto que algunas de las herramientas que, manifiestamente, inclinan las preferencias de los reformadores (los SARC y su promoción intrajudicial) deben ceder, dogmática y empíricamente, ante otras instituciones que les preceden lógicamente y jurídicamente (la fase antejudicial dominada por el *discovery*) y como, en términos generales, nada justifica perseverar en la mirada sesgada, parcial y hasta hostil, que parecen dirigir nuestros reformadores hacia las experiencias provenientes del medio estadounidense o inglés.

Dicho lo anterior, resulta preciso consignar ahora que nada de ello conformaría un avance real, tangible, si se omitieran consideraciones conclusivas vinculadas a la manera cómo encauzar aquellas herramientas de manera que puedan llegar a formar parte integral de los sistemas reformados de resolución de conflictos civiles; cómo, en definitiva, se ponen en operación aquellas entidades o instituciones acerca de las cuales hemos predicado su manifiesta funcionalidad a nuestros procesos de reforma.

A esta función clave, imprescindible, es a la que está llamada la tercera de la tríada de instituciones que hemos convocado del elenco de entidades desarrolladas en los medios comparados, denominada "*judicial management*" o de gestión de litigios, por decir ella relación con la forma cómo, enfrentados a un contexto de recursos siempre escasos y a siempre crecientes demandas de los interesados, los operadores del sistema y, muy especialmente, jueces y abogados, pueden ofrecer una respuesta modelada a los requerimientos de cada diferendo, con sus singulares particularidades. Y dado que a la estructuración del litigio están

---

<sup>1601</sup> Nunca lo último fue más importante.

llamados, como operadores, tanto el foro como la judicatura, lo cierto es que se verifica aquí el núcleo del conflicto de potestades que, como hemos descrito con anterioridad, conforma el rasgo distintivo de todos los procesos de reforma procesal, sin excepción.

Ahora bien, puestos a la función de armonizar lo que se lleva expresado hasta acá en torno a estas materias, con lo que se expresó en relación con la posibilidad de relevar paralelos ineludibles entre los distintos ordenamientos, debemos consignar que, por cierto, el modelo de “*managerial judges*” constituye una entidad largamente conocida en los medios estadounidense e inglés, al extremo que los fundamentos de la institución reconocen ya consagración positiva en unos y otros ordenamientos. Es por ello que cuando el doctrinante de herencia continental se refiere, a comienzos del presente milenio, a la autoridad de referencia obligada en la materia en el medio estadounidense, puede, con fundamento, sostener que “*cuando Judith Resnik, en un ensayo justamente famoso de 1982, fotografía el managerial judge y analiza su origen y características principales, esta transformación está ya sustancialmente completa: no corresponde más al juez el rol de árbitro pasivo que se limita a ‘pitar las faltas’ cometidas por las partes, sino un rol de organización y gestión – no sólo de control – del desarrollo del proceso*”<sup>1602</sup> al contemplar un modelo que, en los Estados Unidos, comienza a desarrollarse, como no, con las conferencias Pound de 1976 y que en Reino Unido alcanzará una relevancia tal que terminará por formar parte central de las recomendaciones del informe Lord Woolf de 1998 que, a su turno, se plasmarían, finalmente, en las CPR del fin del milenio pasado<sup>1603</sup>.

Se trata, en esencia, de la forma en que los ordenamientos han resuelto, como se dijo, la cuestión relativa a la distribución de potestades al interior del ordenamiento procesal a la que ya hemos hecho referencia<sup>1604</sup>. Recuérdese, a este respecto, que buena parte de los males que se predicaban respecto de dichos sistemas, fuese cual fuese su diseño, eran atribuidos a la potestad excesiva que se le concedía a los abogados litigantes quienes, desaprensivamente, no escatiman en el uso (y abuso) de los medios que el proceso pone a su disposición, no escasas veces movidos por inconfesables intereses patrimoniales personales, opuestos incluso al de sus representados<sup>1605</sup>. Es a éste pernicioso escenario al que una

---

<sup>1602</sup> TARUFFO (2006), p. 79.

<sup>1603</sup> Concretamente, en el *overriding principle* de la parte 1 de las CPR.

<sup>1604</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 676.

<sup>1605</sup> Escasa novedad tendrá ya constatar que este género de reparos prevalece en el tiempo y a través de las geografías. Estaba presente, por ejemplo, en los Estados Unidos antes de la promulgación de las FRCP (SUBRIN [1998], p. 731), en el Reino Unido como uno de los motores que pusieron en marcha la dictación de las CPR (GENN [2012], p.401 y también entre nosotros, formando parte del diagnóstico de la justicia civil previo al desarrollo de los proyectos de reforma. Así en RIEGO ET AL (2015), p. 29.

sustancial redistribución de poderes pondría remedio, al permitirle al juez, por ejemplo, diseñar límites temporales para la fase antejudicial, disponer la apertura (a veces obligatoria) de fases tempranas de negociación que pudiesen derivar en un SARC o, por último, la definición de los cauces procesales que la resolución del conflicto en sede estatal heterónoma había de seguir, sugiriéndose que se trata ésta de una fórmula exitosa que, con justa razón, se ha replicado en ordenamientos por todo el mundo<sup>1606</sup>.

Con todo, parece ser que esta redistribución de poderes, bajo la denominación genérica de gestión judicial, ha amparado hasta el día de hoy, en los Estados Unidos, una retirada masiva de la judicatura federal de un gran número de áreas de la litigación civil que se estiman escasamente merecedoras del juzgamiento estatal en forma, marginación inexplicable de la que la propia sede judicial (federal al menos) es responsable<sup>1607</sup> y que se ha manifestado bajo la forma de elevar los requisitos de las demandas, constreñir en exceso las fases de *discovery* y otorgar un aval casi indiscriminado a las cláusulas compromisorias a fin de ponerle coto a la litigación “de clase”, desdibujando con esto la verdadera finalidad de la institución<sup>1608</sup> y conformando de esta manera el principal reparo que a esta institucionalidad se le dirige en el medio en el cual se originó hace ya más de treinta años<sup>1609</sup> con la muy precisa finalidad de poner límites a los excesos que estaba experimentando el juicio adversarial<sup>1610</sup>.

**4.1.2.-** Dado que se trata éste de un modelo que vino a insertarse en un diseño procesal que ya conocía, hacía largo tiempo, tanto el intercambio temprano de información, como la referencia a sistemas alternativos de resolución de controversias, el interés que representa adentrarse tanto en su establecimiento como en sus virtualidades y excesos, para los objetivos trazados en esta investigación es, por tanto, manifiesta, como lo es desde ya la utilidad dogmática e

---

<sup>1606</sup> Con referencia al estatuto procesal civil en vigencia en Hong Kong y la forma en que éste reconoce la relevancia crucial de redefinir estas potestades: ZUCKERMAN (2009), p. 55.

<sup>1607</sup> RESNIK (2003), p. 200.

<sup>1608</sup> WOO (2018), p. 147. Sostiene esta autora que se trata ésta de una tendencia prevalente en las judicaturas estadounidenses y particularmente las federales, orientada hacia una progresiva restricción del campo que cubre su jurisdicción, al extremo que la cuestión que se plantea hoy por hoy es, en realidad, cuál es el costo que debe afrontarse para lograr la ansiada eficiencia judicial.

<sup>1609</sup> MARCUS (2018), p. 183.

<sup>1610</sup> RESNIK (1982), p. 404. Aún cuando los orígenes del modelo en análisis y de la concesión e incentivo de potestades de gestión a los jueces se suele identificar como una de las muchas consecuencias de las conferencias Pound de 1976, lo cierto es que existe consenso que la denominación “*managerial judgment*”, traducible como “gestión del litigio” o “gerenciamiento judicial” que recogen hoy, textualmente, los estatutos procesales tanto en los Estados Unidos (FRCP, regla 16) como en el Reino Unido (CPR, parte 3), se le debe atribuir al prolífico trabajo de esta investigadora de la Universidad de Yale quien mantiene hasta el día de hoy una vigencia y autoridad indiscutida en ambos medios.

incluso empírica que presenta para los modelos reformados de resolución de conflictos, por materializar, como se dijo, un medio privilegiado a través del cual se pueden potenciar las externalidades favorables de las institucionalidades que se vienen de analizar presentando a la vez, el no desdeñable desafío de lograr un equilibrio debidamente consensuado<sup>1611</sup>, que revierta en la nueva distribución de poderes que se erigirá como el rasgo distintivo de nuestro nuevo sistema procesal civil de resolución de conflictos.

Enlazado con esta línea de reflexiones, justo será consignar que la concepción de un estatuto “reforzado” de potestades oficiosas al juez civil, enfocadas hacia la finalidad de sacar a éste del rol tradicionalmente pasivo que observa en nuestro medio y perfilar un sistema que le permita convocar medidas de eficacia, eficiencia y celeridad no son nada nuevo, tampoco, en nuestro diseño procesal civil. Encontramos, en efecto, iniciativas en este exacto sentido en reformas emprendidas hace más de 70 años<sup>1612</sup>, han permeado ellas nociones de modernización descritas en toda la evolución nacional del proceso civil tradicional<sup>1613</sup>, orientaron las reformas de la última parte del siglo XX<sup>1614</sup>, e incluso definen la manera cómo se estructura nuestro proceso civil actual, tras más de una centuria de adecuaciones y reformas<sup>1615</sup> sin que, en lo sustancial, se logre percibir la asunción de roles de verdadera gestión del litigio en nuestro modelo de juzgamiento estatal civil<sup>1616</sup>.

*¿Nihil novus sub sole?* Es un hecho indiscutido que nuestros procesos de reforma perseveran en el otorgamiento de un rol primordial al juez en la estructuración del proceso con foco en sus objetivos superiores<sup>1617</sup>, regulándolo en los artículos 3 y 13 del PNCPC de los que trataremos en seguida. En ello, podríamos leer una línea de continuidad conceptual con su larga serie de antecesores. Esta comprobación, empero, justificará apuntar las conclusiones que siguen hacia el rol que le cabe jugar a la gestión del litigio en torno a las entidades que han servido de objeto de investigación en los capítulos precedentes, hasta ahora notoria, pero injustificadamente, ignoradas por los procesos de reforma (particularmente nos

---

<sup>1611</sup> Con cita a Habermas: RESNIK (2013), p. 90.

<sup>1612</sup> “(...) se amplían las atribuciones de los magistrados que en numerosos casos hasta podrán proceder de oficio; a los jueces se les saca de su papel pasivo de meros espectadores de la contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer con pleno conocimiento de causa la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo suyo”. Mensaje del Ejecutivo del Proyecto de Ley de Proyecto de la Ley 7.760 sobre Modificaciones al Código de Procedimiento Civil: CEPPI ET AL (1943), p. 4.

<sup>1613</sup> NÚÑEZ (2005), p.176.

<sup>1614</sup> PIEDRABUENA (1989), p. 653.

<sup>1615</sup> PIEDRABUENA (1997), p. 405.

<sup>1616</sup> RIEGO ET AL (2015), p. 20.

<sup>1617</sup> Con referencia expresa al Mensaje del PNCPC: HARASIC ET AL (2012), pp. 201-214.

referimos, evidentemente, al *discovery*) y a la manera en cómo aquella función se sirve de éstas herramientas como puntal de apoyo del sistema reformado de resolución de diferendos civiles, desde donde no huelga consignar que ya desde fines de la década de los 70 del siglo pasado, la Corte Suprema identificó la posibilidad que se le abría al juez gestor para modular entidades antejudiciales y el *discovery* en particular a fin de mitigar eventuales excesos en la aplicación irrestricta de la herramienta<sup>1618</sup>. La adecuada concepción de estas potestades de gestión nos enfrentará, como se anunció en páginas anteriores, a la difícilísima misión de resolver la delicada dicotomía de la distribución intra y extrajudicial de potestades entre los litigantes y los jueces, puestas todas al servicio, se entiende, de los intereses de los usuarios del sistema que reclaman del mismo debilidades que se repiten a través del tiempo y de las geografías. En resumen: la operatividad de las entidades latamente examinadas con precedencia penderá de la forma en cómo se resuelva el prevalente conflicto de reparto de potestades entre abogados litigantes y jueces civiles.

¿Es correcto, siguiendo esta línea de razonamientos, concebir entonces al tribunal concretamente como un proveedor de servicios SARC<sup>1619</sup> o, incluso, convertirse en uno de ellos en la forma de un evaluador neutral temprano (ENE) en la forma en que se ha venido perfilando en el Reino Unido post-CPR?<sup>1620</sup> ¿O es acaso cierto que se trata ésta de una confianza verdaderamente ingenua en los jueces, que deja inerme al operador, expuesto a los avatares de la agenda que el togado estime del caso aplicar al asunto en particular alegando la protección de normas o valores que al afectado, por cierto, le parecerán injustamente aplicados y mañosamente extendidos a un área sensiblemente cercana a la arbitrariedad judicial?<sup>1621</sup> Y si la primera es la postura a defender<sup>1622</sup>, y el estándar que requiere la nueva concepción promueve, también, y en forma primordial, una función de

---

<sup>1618</sup> HENCH (1994), p.188.

<sup>1619</sup> Este parece ser el único objetivo avizorado para la institucionalidad en el contexto de los estudios encargados con motivo del desarrollo de las bases del PNCP: Informe Final. Universidad A. Hurtado (2013) p. 6.

<sup>1620</sup> “Los tribunales como proveedores de SARC. El tribunal no sólo motiva a las partes en la búsqueda de una resolución a sus disputas fuera del sistema estatal a través de un SARC, sino que incluso provee, el mismo, algunas formas de SARC en el contexto del litigio”: JACKSON (2012), p. 3.10.

<sup>1621</sup> “Frente a la llamada ingenua a confiar en los jueces, sería altamente conveniente entender, de una vez por todas, que los jueces no son moralmente superiores a las propias partes ni a sus abogados”: PALAVECINO (2011), p. 26. Podemos agregar a este concepto que tampoco lo son árbitros ni mediadores.

<sup>1622</sup> Como parece serlo, por demás, en los Estados Unidos, donde con gran viveza, no exenta de aguda ironía, se ha descrito que el juez tipo “*reality show*”, en extremo activo al interior de un despacho privado cerrado, emitiendo ordenes, resoluciones e instrucciones a través de un sinnúmero de medios electrónicos, ha terminado por desplazar al tradicional juez togado que se está transformando, en este entendido, en una especie en peligro de extinción y esto, aún, en los escasos eventos en que una cuestión sortea la fase antejudicial. Así en RESNIK (2013), p. 95.

referencia a una sede de resolución extraña a la adjudicación<sup>1623</sup>, ¿ha de entenderse que la misma debe prolongarse en la misma medida que el conflicto así lo hace y que, por lo tanto, también les cabe jugar el mismo rol a las Cortes de Apelaciones?<sup>1624</sup>. Ello en el supuesto, claro está, que pueda sortearse el siempre presente problema que plantea la conservación de la imparcialidad judicial<sup>1625</sup>, en la medida en que ella pueda verse afectada por una participación más o menos intensa de la magistratura en el desarrollo de un determinado programa de promoción o referencia SARC<sup>1626</sup>. Tras una larga y tortuosa evolución<sup>1627</sup>, en algunos ordenamientos de raigambre continental europea se ha logrado regular esta función con resultados “aceptables” (y sólo aceptables) mediante, por mencionar el ejemplo alemán<sup>1628</sup> (tenido como buena muestra de la evolución en este medio<sup>1629</sup>), el mecanismo de asignar la fase de mediación antejudicial a un juez especialmente designado, distinto del que llevará adelante, eventualmente, el juicio<sup>1630</sup> a fin de evitar el sesgo de confirmación que, inevitablemente le afectará y que por demás, sembrará dudas en el ánimo de los intervinientes quienes no terminarán de entregar la totalidad de la información al encargado de dicho proceso, resultando en definitiva un *hándicap* considerable antes que un puntal colaborativo<sup>1631</sup>, aún cuando se observare estrictamente la reserva de los

---

<sup>1623</sup> Con el cúmulo de reparos que se le puede adjudicar, ésta parece ser la concepción que, avanzado el siglo XXI se impone, sin contrapeso en los Estados Unidos: “(los estatutos) presionan a los jueces a fin de convertirlos en conciliadores, para disponerlos a referir a otros resolutores como ‘neutrales’ que puedan mediar o arbitrar ante el tribunal y a tercerizar la función resolutive hacia el mercado privado”. Tan amplios son estos nuevos estatutos que les han denominado, en su conjunto, como las “Reglas de Resolución Civil Alternativas” (ACPR en inglés), por contraste a las FRCP, reconociéndose que por medio de ellas: “...se confieren potestades sobre una amplia gama de resolución de conflictos en variadas materias (pero) escasamente atienden las necesidades del litigante pobre, la independencia del resolutor o el derecho del público a participar (del sistema)”. Así en RESNIK (2015), pp. 2807-2808.

<sup>1624</sup> “Se debe mencionar, en particular, un tipo de mediación denominado “Esquema de Mediación de Cortes de Apelaciones”. Se ha sugerido, algunas veces, que la mediación no tiene cabida una vez que un asunto sube en apelación, pero esta noción no es correcta. Si se ha concedido un recurso de apelación, ello implica que el recurso tiene una razonable posibilidad de éxito. Esto significa que todas las partes (incluyendo el ganancioso) enfrentan un riesgo de mayor o menor entidad”: JACKSON (2012), p. 3.11.

<sup>1625</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 682.

<sup>1626</sup> BARUCH ET AL (2006), p. 123.

<sup>1627</sup> ALEXANDER ET AL(2006), pp.180, 208.

<sup>1628</sup> “La admiración por el procedimiento civil alemán puede hallarse en buena parte de la literatura de origen estadounidense”. RESNIK (2013), p. 95.

<sup>1629</sup> PÉREZ ET AL (2006), p. 158.

<sup>1630</sup> NIEVA (2016), p. 268. Cabe advertir en este punto, con todo, que la recepción de este particular SARC en el ordenamiento alemán ha sido particularmente compleja, caracterizada por continuos avances y retrocesos por más de 80 años. Un interesante resumen en: WALTER (2006), pp. 73-74, 89.

<sup>1631</sup> “Si se le impusiera al juez alemán la función de llevar adelante la mediación de los intereses en juego mediante conciliábulos privados con las partes y ellas no arribaran a buen puerto, el juzgamiento de la misma materia supondría para el juez un dilema ético y operativo de importancia (...). Aún cuando fuese humanamente posible (borrar del entendiendo judicial todo lo oído y

antecedentes proporcionados durante el proceso y se impusiere la prohibición de invocar éstos como prueba durante el juicio, como parece ser la regla general en los ordenamientos que conciben, por ejemplo, la referencia a etapas de mediación antejudicial<sup>1632</sup>.

**4.1.3.-** Por relevante que sea el lugar que se le asigna en este ámbito, es preciso advertir, en paralelo, que los roles que juega el juez gestor, ni con mucho, se agotan, tampoco, en el ya descrito, pues dentro de las múltiples tareas que el ordenamiento angloamericano le ha asignado en el curso evolutivo que hemos pormenorizado en capítulos anteriores<sup>1633</sup>, se ha detallado el de servir como una suerte de “gerentes” de los abogados litigantes, o bien como socio principal de una oficina legal que ofrece consejo y asesoría a los interesados, o como referentes de mediadores o gestores de la negociación (que en realidad sólo enrielan), incluyéndose además la posibilidad cierta que, en este último papel como se dijo, asuman la autoridad de referir el caso a otra oficina del orden judicial o a instancias extrajudiciales, no necesariamente de mediación (como ocurre con las agencias administrativas)<sup>1634</sup>, funciones que se vienen a agregar a aquellas que, de manera reforzada, se vinculan con la gestión propiamente material del litigio y que resultan asaz lejanas del modelo original que, en los albores de la república estadounidense, trazó el Federalista<sup>1635</sup>. En todo caso, todas las funciones que se dejan enunciadas demandan entender que su asignación y asunción en forma importa muchas veces abdicar, en buena medida (e inconfesa, pues se trata de un discurso que adolece de una manifiesta incorrección política), a privilegiar la resolución del caso en base a una evaluación sustantiva del mérito de fondo de los derechos que se esgriman por cada interviniente<sup>1636</sup>, que es en definitiva la que define la esencia de la función tradicional que desarrolla el juez continental<sup>1637</sup> y que incluso representa una de las formas de legitimar la actuación del Estado<sup>1638</sup>.

---

*revelado) las partes, sabedoras del efecto procesal inmediato de la falta de acuerdo, se enfrentarían con reticencias a una discusión que supone una actitud franca y abierta si lo que se quiere lograr es el éxito del proceso de mediación”. Así en ALEXANDER ET AL (2006), p. 202.*

<sup>1632</sup> NÚÑEZ (2009), p. 100.

<sup>1633</sup> Ello en un derrotero que no ha estado exento de profundos cuestionamientos ni de graves complejidades, en la medida que, como se dijo, implica en definitiva redefinir la función, la naturaleza y la propia identidad de los tribunales estatales. Así en RESNIK (1995), p. 228.

<sup>1634</sup> RESNIK (2013), pp. 95-96. Refiere esta autora que en 2001, en los Estados Unidos, la proporción de asuntos en los que se desarrolló, finalmente, alguna suerte de procedimiento probatorio y que se ventilaron ante la justicia estatal tradicional, frente a aquellos que radicaron finalmente en una agencia “no artículo III” es de 7 a 1 a favor de estas últimas, apuntando a la ausencia de publicidad o transparencia que impera en ellas y que para un tribunal estatal resulta irrefutablemente consustancial.

<sup>1635</sup> HAMILTON, MADISON & JAY (1982), p. 331.

<sup>1636</sup> FISS (1984), p.1083.

<sup>1637</sup> SUBRIN (1987), p. 989.

<sup>1638</sup> PÉREZ ET AL (2006), p. 170.

Este último efecto, semioculto tras el impulso a las gestiones de dirección del proceso irroga, en extremo, el riesgo de llegar a entender, en un escenario en absoluto lejano, que en definitiva, la sentencia adjudicativa estatal heterónoma tradicional es en realidad una falla del sistema<sup>1639</sup>, una frustración de los esfuerzos desplegados para lograr una solución auspiciada, pero extraña al aparato decisorio del Estado<sup>1640</sup>, fenómeno éste que tampoco le resultará extraño al operador nacional del proceso penal en eras imperadas por índices de gestión y eficiencia. Para el medio estadounidense, aquél estado de cosas ha sido descrito con toda precisión para aquellos contextos en que la concesión de potestades de gestión, enlazadas con una promoción irrestricta de SARC desde sede intrajudicial llevó a concluir que la actividad jurisdiccional propiamente dicha resultaba ser el recurso de *ultima ratio* de que dispone el ordenamiento<sup>1641</sup>, baldando definitivamente el modelo “multipuertas” ante el cierre definitivo de la “puerta” estatal<sup>1642</sup> pues sólo llegar a golpear ésta implicaba que, en definitiva, el modelo había fallado<sup>1643</sup>.

**4.1.4.-** El partido que se adopte en torno a esta última cuestión y, en general, a las entidades que la judicatura estatal puede echar mano a propósito de la activación de las potestades que le confiera el ordenamiento a título de gestión del litigio no es, ni con mucho, indiferente: hemos expuesto antes cómo se ha descrito, para el medio estadounidense, que dichas facultades terminaron confiriendo a los jueces la autoridad para perfilar, en definitiva, qué casos son los que, en su concepto, resultan revestir una relevancia tal que ameritara su tratamiento en sede judicial federal (a la manera de una especie de *certiorari* de primera instancia) e incluso estatal, derivando las restantes a los así llamados “tribunales no-artículo III”<sup>1644</sup>, expresión ciertamente equívoca, pues se entiende por tales todas aquellas

---

<sup>1639</sup> Apuntando precisamente a las formas de entender cómo se conforman las facultades de gestión judicial de la magistratura y de qué forma ha llevado a entender a la totalidad del proceso litigioso estatal como un reducto sitiado por aquellas: WOO (2018), p.156.

<sup>1640</sup> GENN (2012), p. 409.

<sup>1641</sup> Resulta particularmente clarificador considerar, en esta línea de ideas, que una de las autoras más citadas en estas páginas, Judith Resnik, hace casi dos décadas (2000) tituló un estudio sobre el estado del arte en la jurisdicción norteamericana en torno a este dilema: “(Entendiendo) La jurisdicción como error y la sentencia como daño: Transformando el significado del artículo III” en referencia, precisamente, a la forma cómo dicha judicatura había ido progresivamente relajando los requisitos del debido proceso en general y de la forma en que se concibe la función los tribunales, en particular.

<sup>1642</sup> MARCUS (2018), p. 193. Si hemos de dar crédito a la subsistencia de una promoción reforzada de este último modelo en nuestros procesos de reforma sin dar cabida al análisis de sus externalidades adversas que se anunció con precedencia en estas páginas, no cabrá sino concluir que, nuevamente, arribamos tarde y mal a su adopción: PALOMO ET AL (2016) (B), p. 281 o a una nada de inocua confusión conceptual que termina por revelar idéntica liviandad dogmática e incluso operativa.

<sup>1643</sup> RESNIK (2000), p. 949.

<sup>1644</sup> Por referencia a los tribunales de rango constitucional que gozan de independencia e inamovilidad, modelados de acuerdo a la Sección III de la Carta Fundamental estadounidense.

instancias, preponderantemente administrativas, que de una manera u otra se encuentran investidas de potestades resolutorias (las que no resultan, por demás, extrañas a nuestro derecho. Considérese solamente la investigación de responsabilidades administrativas funcionarias o el contencioso administrativo municipal). Este proceder de la judicatura, a pesar de ser blanco de múltiples, prevalentes y severos reparos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ha perdurado en el tiempo y se ha transformado en un bastión emblemático de la Conferencia Judicial estadounidense, órgano de gobierno judicial, clave en la concepción y puesta en marcha de los estatutos procesales en esas latitudes. Y ocurre que la promoción y referencia, especialmente aquella que se adopta con tintes de obligatoriedad, de los diferendos hacia los estatutos SARC, es una herramienta paradigmática de derivación de asuntos en dicho medio, como hemos explicado y fundamentado reiteradamente en capítulos anteriores.

Resultará de interés además, advertir que no requiere esta nueva concepción del rol de la gestión del litigio ni tan siquiera de un estatuto legal reformado, pues se puede basar el mismo en una nueva interpretación de las normas constitucionales que regulan las bases fundamentales de la judicatura, tal y como ha ocurrido entre nosotros, por ejemplo, con la amplísima (y frecuentemente rebatida) potestad que se ha concedido a los tribunales en torno al inciso segundo del artículo quinto de la Carta Fundamental para conferir a los instrumentos convencionales internacionales, un estatuto incluso supra-constitucional. Se trata esta vez de las así llamadas potestades inherentes de los tribunales<sup>1645</sup> que, paradójicamente, han dado pie en los Estados Unidos para que la judicatura federal pusiere en marcha una extensísima reinterpretación de la regla del acceso universal al sistema tradicional, heterónimo y público de resolución de conflictos.

#### **4.2.- El inevitable contraste con el activismo judicial.**

**4.2.1.-** Si es cierto, por lo tanto, que el proceso de reforma procesal civil demanda de un nuevo concepto de la gestión del litigio, cabe ahora, por lo tanto, deslindar, de la forma más temprana posible, esta entidad, encarnada en potestades oficiosas de facilitación de acceso, agilización, resolución *in limine*, referencia a SARC, supervisión del proceso de intercambio de antecedentes e incluso de determinación de conductos procesales adecuados (*multi track* aplicable en su versión federal estadounidense en los *protracted cases*<sup>1646</sup>), de lo que se ha dado

---

<sup>1645</sup> Refiriendo a la potestad de aplicar oficiosamente la institución de rechazo de la pretensión por ausencia de moción del demandante, presente en la regla 41 (b) de las FRCP: BARTON (2011), p. 39, 53. La cercanía conceptual con la institución del abandono del procedimiento (de la que sólo lo separa la obtención, bajo la regla norteamericana, de una cosa juzgada formal y material tras la aplicación de la sanción) y la posibilidad de entender que el tribunal cuenta con la potestad inherente de aplicarlo de oficio resulta, ciertamente, ilustrativa.

<sup>1646</sup> RESNIK (2000), p. 940.

a conocer, en nuestro medio, como “activismo judicial”<sup>1647</sup>. Entenderemos este último modelo como aquél que avala el intervencionismo judicial en la litigación y que supone, por ende, una interpretación extensiva de las potestades judiciales<sup>1648</sup>, orientadas en pos de la consecución de determinadas políticas públicas prevalentes<sup>1649</sup>, no necesariamente consonantes (o no del todo) con los objetivos del estatuto normativo que está llamado a aplicar el juez de derecho imperado por máximas del debido proceso<sup>1650</sup>, el que necesariamente verá relajado algunos de sus componentes junto con el debilitamiento de las bases del adversarial<sup>1651</sup>. No se trata, es preciso advertir desde ya, de la potestad de aplicación oficiosa del derecho sustantivo para la resolución del conflicto, que nuestra herencia jurídica reclama para sí desde sus más remotos orígenes bajo la fórmula de conocidísimo *iura novit curia*<sup>1652</sup> sino que, en realidad, la aplicación interesada y altamente ideologizada de éste, empleado incluso en perjuicio del fundamento jurídico invocado por las partes<sup>1653</sup> aún cuando, por cierto, no sea del todo sencillo dibujar la línea divisoria entre los dos paradigmas, especialmente en lo que toca a la injerencia judicial, como órgano, en la definición de la envergadura de sus propias potestades, como ha ocurrido, de hecho, en los Estados Unidos a partir del estatuto delegatorio de 1934 y con especial fuerza a partir de las últimas décadas del siglo XX y hasta el día de hoy<sup>1654</sup>.

**4.2.2.-** Un ejemplo paradigmático de lo que venimos describiendo lo encontramos entre nosotros, por ejemplo, con la institucionalidad ligada al así llamado “control difuso de convencionalidad” que autorizaría al juez civil a dejar de aplicar, derechamente, una determinada legislación (o incluso norma constitucional) de estimar éste que resulta incompatible con estatutos internacionales de rango superior que debe privilegiar en pos de la consecución de los objetivos que revelan aquellas, en este caso, del denominado “*corpus iuris americano*”<sup>1655</sup>.

---

<sup>1647</sup> ZUCKERMAN (2018), p. 4.

<sup>1648</sup> PALOMO (2013) (A), pp. 44-45.

<sup>1649</sup> El modelo nace hace casi 80 años en la era del *new deal* y la propuesta de la administración Roosevelt de expandir la potestad judicial con miras a colaborar con los esfuerzos nacionales a superar problemas sociales. Así en SUBRIN (1987), p. 969.

<sup>1650</sup> PALAVECINO (2011), p. 26.

<sup>1651</sup> Enfatizando la prevalencia, en este modelo, del así llamado “sesgo de confirmación”, entendido como: “...la tendencia a buscar soporte probatorio a las hipótesis que el investigador ha diseñado y a ignorar las pruebas o explicaciones que amenazan dicha hipótesis” y la forma cómo el adversarial es la herramienta precisa para superar esta debilidad muchas veces inconscientemente prevalente: ZUCKERMAN (2018), p. 7.

<sup>1652</sup> HUNTER (2011), p. 94.

<sup>1653</sup> HUNTER (2011), p. 95.

<sup>1654</sup> RESNIK (2000), pp. 1027-1028.

<sup>1655</sup> FERRER (2011), p. 563.

Amén del gravísimo y no superado (aún) problema institucional que se presenta en este último escenario<sup>1656</sup>, al contrastársele con el control centralizado de constitucionalidad que inviste el Tribunal Constitucional, implica una afectación muy concreta de la imparcialidad judicial<sup>1657</sup>, la que se pospone en aras de la protección de bienes jurídicos respecto de los cuales se predica una superioridad casi irremontable, cuya contraposición termina resolviendo el propio juez, quien establece una suerte de estándar ideológico de muy difícil control y compatibilización con un sistema de derecho nacional piramidal positivizado como el nuestro. En paralelo, debe prestarse atención al hecho que será casi inevitable la confrontación que se terminará por verificar entre esta hipótesis de juzgador, acérrimo defensor de una independencia cercana a la autonomía total de las restantes potestades del Estado (*fiat iustitia, ruat caelum*)<sup>1658</sup>, y el *accountability* que, cada día con mayor fuerza, se impone hacia cualquier actividad investida, precisamente, de las potestades públicas y muy particularmente, financiada con el erario fiscal<sup>1659</sup>, que en el medio estadounidense parece resolverse con una transparencia total de cuentas e inversiones financiadas por recursos fiscales<sup>1660</sup>.

El contraste de esta manera de conceptualizar el activismo judicial con las potestades de gestión del litigio no puede ser más evidente: este último modelo (*managerial judges*) no se propone otro objetivo que el de alcanzar las metas que el propio proceso dicta, de la forma más eficaz y eficiente posible (“...*al sostenerse que el juez tiene un rol de gestión, se trata de asegurar que el proceso vinculado a la litigación se concluya de manera eficiente, en un marco temporal definido y razonable, privilegiando la utilización racional y proporcional de los medios y recursos que se ponen a su disposición*”<sup>1661</sup>), itinerario que acomete con entera prescindencia de otras directrices como no sean aquellas que las partes

---

<sup>1656</sup> Sumamente presente, también, en el debate actual en el medio inglés, precisamente a propósito del efecto que, sobre los deberes procesales del litigante representaría la aplicación irrestricta de los cuerpos comunitarios de derechos humanos de la Unión Europea a cuya utilización se le ha calificado incluso de “espuria”: ZUCKERMAN (2006), p.156.

<sup>1657</sup> PALOMO (2013) (B), p. 461.

<sup>1658</sup> PALAVECINO (2011), p. 26.

<sup>1659</sup> RESNIK (2013), pp. 93-94. En el medio nacional este diferendo, agravado por el ingrediente de aislamiento absoluto de la autoridad estatal que reclama el modelo de juez activista, no debería resultar, en realidad, novedoso. Por décadas, la permanente (y muy justificada) protesta de la judicatura por la siempre menguada asignación de recursos públicos a la delicadísima función de resolución de conflictos jurídicos de todo tipo, ha sido contrastada por la sempiterna resistencia que dicha sede manifiesta frente al sometimiento al control fiscalizador constitucional que ejerce, en materia presupuestaria, la Contraloría General de la República, postura que se basa, precisamente, en la eventual merma de la independencia judicial que ello pudiese entrañar y que entraña, en definitiva, la dificultad que presenta el diseño de modelos de control. Así en CORDERO (2007), p. 292.

<sup>1660</sup> RESNIK (2015), p. 2835.

<sup>1661</sup> ZUCKERMAN (2018), p. 3.

presenten<sup>1662</sup>, y que el mismo estatuto disciplina, como aquellas que pueden hallarse estructuradas a través de catálogos explícitos en los códigos de procedimiento, como ocurre emblemáticamente con el *overriding principle* de la sección 1 de las Civil Procedure Rules inglesas.

El modelo de *managerial judge*, por lo tanto, se expedirá en búsqueda de las finalidades que el mismo ordenamiento estructura, proceso en el cual se ve obligado a actuar en colaboración con los intervinientes quienes, también, juegan un rol principal en el logro de los objetivos trazados, pues el debido respeto a la igualdad de armas entre partes que ya han llevado a cabo (o se encuentran en curso de completar) un completo proceso de intercambio de información pertinente (cuando ellas lo hayan así determinado) impone atender, en un primerísimo lugar, el aporte que las partes efectúen en el desarrollo de su diferendo<sup>1663</sup> con la finalidad de alcanzar un preciado punto de equilibrio, en que la racional asunción del reforzado estatuto de facultades judiciales no implique atentar contra las bases adversariales y partisanas del juicio civil reformado que el PNCP estructura<sup>1664</sup>.

Con todo, es necesario advertir, en esta línea de reflexiones, que el modelo de gestión judicial fue calificado, en su origen en el medio estadounidense, como una forma más de activismo judicial<sup>1665</sup>, en la medida que la nueva puesta en valor de la eficiencia importaba una completa revisión de los conceptos que forman parte del debido proceso, particularmente en lo que dice relación a la proposición y comprobación fáctica en el proceso<sup>1666</sup>. Por lo mismo, el modelo fue sujeto inicialmente a no escasas controversias<sup>1667</sup>. Esta perspectiva crítica, enfocada en la recurrencia de la decisión de casos *in limine*<sup>1668</sup> que, en definitiva, no llegan a

---

<sup>1662</sup> ZUCKERMAN (2018), p. 4.

<sup>1663</sup> BURBANK ET AL (1997), p. 682.

<sup>1664</sup> ROSEMBERG (1988), p. 807.

<sup>1665</sup> Vinculándolo concretamente a los esfuerzos por acotar la actividad de “*discovery*”: MARCUS (1998), p. 781.

<sup>1666</sup> HUNTER (2011), p. 88.

<sup>1667</sup> “*La gestión judicial es una nueva forma de ‘activismo judicial’, es un comportamiento que habitualmente concita profundas críticas. Más aún, es muy posible que el modelo de gestión judicial le esté enseñando a los jueces a valorar sus estadísticas, como en número de casos cerrados, por sobre la valoración cualitativa de sus disposiciones. Por último, la gestión judicial es menos visible y normalmente no es susceptible de recurrir, entregándole al tribunal más autoridad y, al mismo tiempo, restándole a los litigantes salvaguardas que les defiendan de los abusos de esa autoridad. En suma, la gestión judicial puede estar redefiniendo, en silencio, nuestros estándares relativos a un juicio racional, justo e imparcial*”. RESNIK (1982), p. 380. Su actualidad, entre nosotros, es incuestionable.

<sup>1668</sup> Entendiendo por tales aquellas que se resuelven a través del mecanismo del *summary judgment* (que no ha de llamar a confusión con el *summary trial* que es una forma de SARC materializada en un juicio simulado ante un mini-jurado), esto es, sin llegar a desarrollar un proceso de producción contradictorio de la prueba sino que basando la decisión en los elementos que las partes han aportado en sus escritos fundantes y aquellos que ha sido posible definir en los

desarrollar por completo un proceso de prueba en contradictorio y, sin embargo, desembocan en alguna forma de adjudicación judicial, perdura con fuerza hasta el día de hoy<sup>1669</sup>, ello a pesar de haberse descrito, a partir de la evidencia empírica, que resulta habitual que el rechazo de una pretensión de este tipo suele derivar en un cierre negociado del conflicto, de manera que se trata ésta, también, de una suerte de externalidad de este tipo de salida abreviada, basada en una evaluación previa de la fortaleza del caso<sup>1670</sup>.

Sin perjuicio de este último efecto, lo cierto es que de manera alguna se logra aplacar un reparo que se presenta prevalente y extendido en la sede estadounidense, enfocado principalmente hacia la forma en que el órgano judicial federal administrativo y diseñador de políticas (“*Judicial Conference of the United States*”) ha ido progresivamente deslindando de la labor de los jueces federales la decisión de muchos casos que, en definitiva, son derivados ya ni tan siquiera a juicios “abreviados” al interior del propio tribunal, sino que a diversas formas SARC o a órganos decisorios de rango inferior al de sede constitucional<sup>1671</sup>, proceder entendido como la forma de responder a la exhortación que formulan las FRCP a partir de su regla N°1: “*Éstas reglas deben ser interpretadas, administradas y utilizadas por el tribunal y por las partes para asegurar una resolución justa, expedita y barata para cada acción y procedimiento*”<sup>1672</sup>.

**4.2.3.-** La evolución posterior de esta escuela de pensamiento ha ido atemperando, en alguna medida, sus reparos en la medida que se logra enlazar con un estatuto racionalizado de medios alternos, esto es, que no implique una renuncia *tout court* a las potestades más propiamente jurisdiccionales<sup>1673</sup>, llegando incluso a mutar la denominación “*managerial*” por la de “*accountability and responsibility*” judiciales, siempre con la intención de separar la concepción del

---

procesos antejudiciales de *discovery*. La moción por la resolución a través de este juzgamiento abreviado ha de promoverse durante toda la fase antejudicial, hasta el cierre de la *pre-trial conference* y será objeto, ella misma, de una audiencia convocada al efecto, en la que el peticionario sostendrá que la cuestión puede ser resuelta en esta fase, y que sin importar la prueba que llegue a ser rendida ante un jurado, los méritos de una y otra defensa permanecerán incólumes a la espera de una decisión judicial que será, finalmente, igual a aquella que se hubiese obtenido de haberse desarrollado un juicio “en forma”. KANE (2007), pp. 161-163.

<sup>1669</sup> MARCUS (2018), p. 183.

<sup>1670</sup> LOVE ET AL (2009), p. 7.

<sup>1671</sup> RESNIK (2003), p. 193.

<sup>1672</sup> En una muestra típica de empirismo que inspira al medio estadounidense, en paralelo con las críticas, se aplaude la iniciativa demostrada por el propio poder judicial federal en pos de superar los problemas de demanda por servicios de resolución de conflictos al lograr que muchos asuntos de naturaleza litigiosa terminaran siendo derivados a sedes administrativas o a jueces de rango “inferior” (esto es, los no-artículo III). Es, sin embargo, la falta de contención de estas medidas y los efectos que inculca sobre las garantías del debido proceso la que se objeta. Así en RESNIK (2000), p. 998.

<sup>1673</sup> RESNIK (1995), pp. 247-248.

activismo que se había homologado con la primera más de una década antes<sup>1674</sup>. Es así como es posible advertir que, también en nuestro medio, el entendimiento racional de las facultades de intervención de la sede judicial, sumado a una lectura teleológica de las mismas que, necesariamente, importa reconocer en su justa medida la aportación de parte como motor esencial del proceso, puede llevar a concluir que es posible confinar la diferencia entre *managerial judgment* y activismo judicial a un rango simplemente terminológico<sup>1675</sup>. De hecho, será posible verificar que el acercamiento será tal, que sólo saltará a la vista cuando se utilizan ilustraciones simplemente caricaturizadas a propósito de un cuestionamiento de escaso vuelo dogmático y, generalmente, ideológicamente interesado.

#### **4.3.- La gestión del litigio, tarea compartida.**

**4.3.1.-** Como se ve, el objetivo que impone alcanzar un diseño de gestión del litigio eficiente, adecuado a las finalidades del proceso reformado y, a la vez, consonante con las garantías fundamentales de los intervinientes, plantea un desafío crítico de muy difícil, pero no por ello de menos imprescindible y urgente, consecución, acechado no sólo por la dificultad que puede entrañar la obtención de una conducta verdaderamente colaborativa de los intervinientes, sino que además por cuanto implica, en definitiva, concretar un equilibrio racional<sup>1676</sup> de las

---

<sup>1674</sup> Este es, de hecho, el punto cuya ausencia se reclama de la intervención judicial obrada por la Corte Suprema estadounidense: RESNIK (2015), p. 2811.

<sup>1675</sup> “Así entonces el juicio de hecho se concibe como una elección entre los diferentes discursos narrativos racionalmente presentados por las partes y que pueda sostenerse con mayores elementos de confirmación, esto es, no hay una verdad absoluta sino una más probable”. HUNTER (2011), p. 83. Firme defensor de una vertiente de concepciones litigiosas más cercanas a la “verifilia”, el autor emplea, sin embargo, un arsenal conceptual que a un defensor desapasionado del *managerial judgment* no le resultará ajeno, ello al menos, claro está, como se advirtió en el texto principal, que se emplee una lectura caricaturizada, grotesca, de estos últimos modelos, en una inteligencia que sencillamente no parece posible encarnar en ninguno de los ordenamientos comparados, incluso los angloamericanos. *Mutatis mutandi*, la dogmática vinculada a las fuentes del *common law* reconoce que los ordenamientos continentales donde aplicaría con mayor razón el modelo del activismo judicial no patrocinan, a propósito de éste, un retorno más o menos velado al juicio inquisitivo oficial: “Esta es una concepción errada. Los tribunales en los sistemas continentales pueden estatuir mayores potestades oficiosas en la gestión de las audiencias y en la producción de la prueba oral, pero el procedimiento sigue siendo estrictamente adversarial. Tal y como ocurre en Inglaterra, las partes definen los hechos a debatir. El tribunal continental no tiene mayores potestades que el inglés en decidir que materias investigar o que evidencia se debe presentar (...) Aún siendo efectivo que los testigos en los sistemas continentales pueden ser interrogados por el tribunal y no (solo) por los abogados de las partes, el tribunal tenderá a seguir una línea de interrogatorio acorde con la propuesta de los abogados”. Así en ZUCKERMAN (2018), p. 11.

<sup>1676</sup> En concreto, se trataría ésta de la así llamada “racionalidad estratégica” que deriva de la “teoría de los juegos” citada antes a propósito de aquellos denominados “de suma cero” y que impone una perspectiva renovada del análisis profundo del conflicto que impone, en todo evento, la promoción de un estatuto reforzado de información al afectado, que son perfectamente asociables

potestades que el proceso le reconocerá a sus distintos actores y que resultará clave para poner en mesurada operación las herramientas que aquél pone a su disposición<sup>1677</sup>, empresa cuyos rasgos técnicos no podrán ocultar que se trata, en definitiva, de una definición de tipo político de primer orden<sup>1678</sup> que es preciso sortear incluso antes de dar soporte a las consideraciones de eficiencia y cumplimiento de metas que, hasta acá, ha dominado el panorama nacional en torno a esta materia<sup>1679</sup>.

**4.3.2.-** Ninguna utilidad representará, por la inversa, insertar herramientas o entidades de apoyo al litigio, de no materializarse un consenso razonado en torno al rol que desempeñarán los actores en su aplicación forense. Una errada concepción en esta materia puede implicar que, en definitiva, se conciban y normen institucionalidades que quedan, como muchas veces ha ocurrido entre nosotros, como letra muerta<sup>1680</sup>, o bien por el contrario, en este caso, se derive en una elefantiasis de potestades oficiosas que termine por transformar del todo las bases mismas del juicio adversarial<sup>1681</sup> y en la imposición autoritaria de sistemas de solución de conflictos de debatible juridicidad<sup>1682</sup>, aún cuando radiquen en sede estatal, privándoles del todo del rasgo de voluntariedad que les es consustancial.

El partido que se adopte frente a las definiciones esenciales que se vienen de reseñar adquiere urgente relevancia, si se considera que la concepción de las renovadas nociones de dirección e impulso del proceso que ofrece el artículo 3 del PNCPC<sup>1683</sup>, tiene su necesario correlato en la orientación de la actividad jurisdiccional que proporciona el artículo 13 del PNCPC<sup>1684</sup>, el que a su vez, abre

---

a las instituciones de *discovery*. Así en PEÑA (2005), p. 122. Su referencia al “dilema del prisionero” muestra claramente la imprescindible necesidad de contar con este último género de entidades insertas en todo diseño de resolución de conflictos. Ronald Coase expuso éste último en “El problema del costo social” de 1992: *“Toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema dual, ya que al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, con miras a evitar un mal mayor, debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A”*. Así en NÚÑEZ ET AL (2015), p. 610.

<sup>1677</sup> Con no escaso fundamento se ha consignado que, en su origen en los Estados Unidos, la promoción de modelos de gestión judicial reconoce una génesis asociada a la profunda desconfianza que inspira la conducta procesal de los abogados litigantes que, por lo mismo, pierden buena parte de sus facultades al interior del proceso. Así en ROSENBERG (1988), p.818.

<sup>1678</sup> MONTERO (2009), p. 246.

<sup>1679</sup> VALDIVIA (2007), pp. 307-308.

<sup>1680</sup> PIEDRABUENA (1989), pp. 644-645.

<sup>1681</sup> PALAVECINO (2011), p. 27.

<sup>1682</sup> PALOMO ET AL (2016) (B), p. 286.

<sup>1683</sup> *“Artículo 3°. Dirección e impulso procesal. La dirección del procedimiento corresponde al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto”*.

<sup>1684</sup> *“Art. 13.- Aplicación e interpretación. Al aplicar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustantiva y*

una potencial inteligencia de una amplitud tal, que no resultará aventurado sostener que puede dar cabida al más variopinto género de interpretaciones, desde el modelo activista más ideologizado, hasta el de una gestión litigiosa estrictamente eficientista; desde concepciones cercanas al totalitarismo fascista modeladas a la luz del Código Italiano de 1940, por citar un ejemplo<sup>1685</sup>, hasta el entendimiento de la judicatura bajo el rol de protección de garantías del individuo en actual vigencia<sup>1686</sup>, pasando, como no, por el potencial enervamiento de la norma que implique privarle, en definitiva, de todo efecto concreto y con ello, de aplicación a las entidades que el legislador, finalmente, instituya en apoyo del nuevo juicio adversarial.

No ignoramos, desde luego, que el propio ejemplo de los modelos angloamericanos enseñan, como ya hemos dicho, que el derecho sencillamente no se agota en la ley, pues su sola aplicación no garantiza, ni con mucho, la superación del conflicto<sup>1687</sup> y lo cierto es que cada vez más frecuentemente se echa mano al concepto de “derecho no-estatal”<sup>1688</sup>, pero el hecho que un estatuto paradigmáticamente empírico, como el inglés, se haya inclinado por catalogar un cierto número de orientaciones en el texto positivo, como acontece con el tantas veces recordado CPR y sus partes 1 (*Overriding objective*) y 3 (*The Court's Management Powers*), ello en un medio cuya precisa característica es el pragmatismo<sup>1689</sup>, y que, por lo mismo, ha concitado la atención del resto de los operadores y legisladores europeos que se abren, de esta forma, a un proceso de convergencia, obliga a nuestros reformadores a tomar debida y cuidadosa nota a la hora de conceptualizar estas nuevas institucionalidades, tendiendo la vista hacia ordenamientos que se entendieron, hasta hace muy poco, alejados y extraños al nacional. Hasta hoy, perdura una prescindencia de estas experiencias que parece extenderse hasta la concepción de las entidades que proponen las ya citadas normas del PNCP, en cuya discusión en Comisiones legislativas no se verificaron aportes de importancia de ningún tipo, manteniéndose el texto de los artículos 3 y 13 en la redacción originalmente propuesta por el Ministerio en su mensaje al Congreso Nacional.

---

*que en la pronta sustanciación de los procesos y la justa resolución de los conflictos sometidos a su competencia, existe un interés público comprometido. Para la interpretación e integración de las normas procesales se atenderá a los principios generales del Derecho Procesal y los indicados en el Título I de este Código, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 19 a 24 del Código Civil”.*

<sup>1685</sup> “El juez no se limita a juzgar, es el gestor (administrador) del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad”. MONTERO (2009), p. 240. Le ha resultado difícil a la dogmática italiana desprenderse de esta herencia: PALAVECINO (2011), p. 21.

<sup>1686</sup> HARASIC ET AL (2012), pp. 212-213.

<sup>1687</sup> STIENSTRA ET AL (1995), p. 16.

<sup>1688</sup> Con referencia al trabajo de Llewellyn, TWINNING (1993), p. 386.

<sup>1689</sup> ANDREWS (2012), p. 256.

## **5.- Y ahora, los reformadores.**

Como se ve, la orientación que adoptan las reflexiones finales de nuestra investigación no se centra, o no exclusivamente, en el análisis de una o más de las entidades específicas que estimemos posible o valioso extrapolar a nuestro proceso de reforma procesal civil, en torno a las cuales hemos hipotetizado en los capítulos y secciones anteriores. Para cada una de ellas hemos expresado nuestras tesis y la forma de comprobarlas, en la medida que el proceso científico que le es propio a las ciencias del derecho le es permitido, desde luego. A partir de ello, además, hemos intentado presentarlas en armónica congruencia a partir de determinados supuestos que conforman el contexto en el cual se desenvuelve la investigación, concretamente, la reforma procesal civil imperada por máximas de oralidad, adversarialidad, igualdad de armas y transparencia.

En estas brevísimas líneas finales, en cambio, buscamos abrir el espectro analítico hacia nuevos horizontes, a fin de llamar la atención acerca de la forma cómo se activarán las entidades que, en definitiva, se puedan transpolar, recoger y diseñar, con mayor o menor cercanía, desde el medio angloamericano (como hemos propuesto con la desembozada finalidad de dejar atrás la inexplicable, y extremadamente dañina, miopía dogmática de nuestros doctrinantes y reformadores, que nos condena a ocupar un lugar de retaguardia en la evolución de sistemas e instituciones de resolución de conflictos civiles, aún de raigambre estatal, ilustrado a la perfección con la desaprensiva promoción de modelos de muy cuestionable virtualidad, como el tribunal “multipuertas”) u otros o, lo que es lo mismo, poner de realce, como colofón a las averiguaciones previas, la medida en que las nuevas institucionalidades, en las que se cifrarán las esperanzas de obtener un estatuto mejorado de resolución de conflictos civiles, reposará en manos del foro y de la magistratura, operadores por excelencia del sistema y reformadores también, por medio de su activación con un enfoque teleológico.

No conocemos de cierto, aún, la manera en que nuestros reformadores resolverán esta fundamental, e insoslayable, cuestión relativa al diseño de entidades o herramientas, aplicado a la forma que adoptará la distribución de poderes al interior del proceso reformado. Dos proyectos reposan ya en las oficinas legislativas y un tercero, versión renovada y, esta vez sí financiada de los anteriores, anuncia su incorporación a la discusión en breve plazo. Con todo, lo cierto es que las conclusiones no sólo de ésta sino de cualquier investigación en torno a las instituciones que los nuevos modelos de resolución de conflictos civiles introducirán, en definitiva, en nuestro medio, debe tomar buena nota de esta última línea de reflexiones: los diseños jurídicos puros, como anotamos con precedencia, sencillamente o no existen o son derechamente inútiles, incluso desde una perspectiva descriptiva, como indicamos con reiteración en los capítulos y secciones que ofrecimos a la largo de nuestra investigación. Ellos podrán ocupar,

quizás, un lugar privilegiado en el medio aséptico y estéril del “paraíso de los conceptos jurídicos” que concebía Von Ihering<sup>1690</sup>, pero claramente no tienen cabida en el medio forense a cuyo servicio se vuelcan los esfuerzos cotidianos de todos los operadores, en cuyas manos, finalmente, residirá la ineludible responsabilidad de poner en marcha la nueva institucionalidad en pos de los objetivos que ésta se ha trazado, los que demandaran primero, del investigador y luego, por extensión, del reformador, un empeño de armonización entre pragmatismo y dogmática que aún estamos lejos de alcanzar.

Que el manido recurso a la cita del genio caraqueño en el mensaje que acompañó hace 150 años a la piedra angular de nuestro edificio normativo<sup>1691</sup> no esconde una mezquina pereza intelectual ni esconda una real falta de compromiso con las instituciones fundamentales de la República de Chile.

---

<sup>1690</sup> “Yo me había muerto. Un halo luminoso rodeó mi espíritu al abandonar el cuerpo (...) Como tú eres romanista, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. En él encontrarás de nuevo todos aquellos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no es su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos le imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que les han prestado a los conceptos en la tierra; aquí ellos, que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. No hay ya enigmas en el Derecho Civil, en la construcción de la hereditas iacens, o en la obligación correal, de los derechos sobre los derechos, de la naturaleza de la posesión, de la diferencia entre precario y comodato, de la prenda en cosas propias, y cualesquiera otros problemas que puedan ocurrirse y que a los hijos de la ciencia tanto han dado que hacer en su peregrinación por la tierra, están aquí resueltos. Éste es el cielo en el cual tú, como teórico, vas ahora a participar (...) ¿De modo que es sólo para teóricos? ¿Dónde van, pues, los prácticos? (...) Tienen su más allá especial, pero pertenecen todavía al sistema solar. El sol hace lucir allí sus rayos y existe aire atmosférico, apropiado para las duras construcciones de un práctico, de la misma manera que sería inadecuado para los conceptos; allí domina aún una vida con la de la tierra; en una palabra, el práctico encuentra allá todas las limitaciones de la existencia terrena. No podría respirar en el cielo teórico, ni podría avanzar un paso de su lugar, como quiera que sus ojos no están hechos para la profunda oscuridad que allí domina”. Rudolf Von Ihering, “Jurisprudencia en Broma y en Serio”, citado en VARGAS (1996), p. 278.

<sup>1691</sup> “Yo no presumo ofreceros bajo estos respectos una obra perfecta; ninguna tal ha salido de la mano del hombre, la práctica descubrirá, sin duda, defectos en la ejecución de tan ardua empresa; pero la legislatura podrá, fácilmente, corregirlos con conocimiento de causa”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## **I.- REFERENCIAS LEGALES, NORMATIVAS Y DOCUMENTOS OFICIALES.**

Constitución Política de la República de Chile. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2006.

Código Civil de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2013.

Código de Procedimiento Civil de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2012.

Código Procesal Penal de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2012.

Código Tributario de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2016.

Federal Rules of Civil Procedure. West Academic Publishing, 2014.

Federal Rules of Evidence. CreateSpace, 2014.

La Constitución de los Estados Unidos de América. Con notas explicativas. Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1987.

Mediación y Desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE). Unidad de Mediación. Consejo de Defensa del Estado, Noviembre 2011.

Estadísticas Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, 2009-2011.

Ordenamiento jurídico y sistema judicial en el Reino Unido. Central Office of Information, Reference Services, Ministerio de Asuntos Exteriores y del Commonwealth, Londres, 1981.

Informe Final Panel de Expertos Modelo Orgánico para la Incorporación de SARC, Ministerio de Justicia, Abril 2013.

Proyecto de Código Procesal Civil. Mensaje Presidencial 004/360. Ministerio de Justicia de Chile. 2012 en Revista de Derecho Procesal. Proyecto de Código Procesal Civil. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LegalPublishing Chile – Thomson Reuters, 2012.

Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código Procesal Civil, Boletín 8197-07, con observaciones. Secretaría de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Cámara de Diputados, Congreso Nacional.

Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. EDEVAL, Valparaíso, 1989.

Informe Final. Modelo de Gestión para la Desjudicialización de Materias bajo la Nueva Justicia Procesal Civil. Institución: Universidad Alberto Hurtado. Facultad de Derecho. Abril 2013.

GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES. Global Data Trends and Regional Differences, disponible en <https://www.globalpound.org/gpc-series-data/#397-gpc-series-final-report>, visitado el 12 de junio 2018.

CEPPI, Francisco; HORMAZÁBAL, Francisco y RIVAS, Paulo: *“Modificaciones al Código de Procedimiento Civil. Ley N°7.760. Historia Fidedigna de su Establecimiento”*. Ediciones Copralex, año 1, N°8, Santiago, 1943.

## **II.- LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBROS.**

Plain English for Lawyers. Wydich. Carolina Academic Press, 2005.

Handbook of Federal Civil Discovery and Disclosure. Thomson West (3d. ed.), 2015.

Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente (2008). Eds. Federico Carpi y Manuel Ortells. Unversitat de Valencia, 2008.

ANDREWS, Neil (2013): *“La Justicia Civil Inglesa.”* Editorial Temis, Bogotá, 2013.

BAEZA, Gonzalo (2008): *“Tratado de Derecho Comercial. Tomo I”.* Editorial Lexis Nexis, 4ª. Edición, Santiago, 2008.

BARUCH, Robert y FOLGER, Joseph (1994): *“La Promesa de la Mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento.”* Granica, Buenos Aires, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *“El acceso a la Justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”* (trad. M. Miranda), Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

CHASE, Oscar: *“Derecho, cultura y ritual.”* Marcial Pons, Madrid, 2011.

CHASE, Oscar (2005): *“Reflections on Civil Procedure in the United States: What has been learned? What has been accomplished?”* en *“The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective”*, pp. 163-184. Nicolo Trocker y Vincenzo Varano, Editores. G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

CORDERO, Luis (2007): *“Poder Judicial, Presupuestos por Resultados y Evaluación de Desempeño”* en *Reformas al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario.* José García, Francisco Leturia y Claudio Osorio (editores). Libertad y Desarrollo. Facultad de Derecho P. Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, 2007, pp. 291-306.

CROSS, Rupert y HARRIS, J.W.: *“El Precedente en el Derecho Inglés”*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

CRUMP, David; DORSANEO, William, PERSCHBACHER, Rex; BASSET, Debra (2003); *"Cases and Material on Civil Procedure"* (LexisNexis, Newark).

DAMASKA, Mirjan (2000): *"Las caras de la justicia y el poder del Estado"*, Ed. Jurídica de Chile, Primera edición, Santiago, 2000.

DAMASKA, Mirjan (1997): *"Evidence law adrift"*, Yale University Press, 1997.

DE PRADA, Mercedes y MUÑOZ, Roberto (2014): *"El Proceso Civil Inglés"*, Ed. Comares, Primera edición, Granada, 2014.

DELGADO, Jordi (2015): *"Reforma Procesal Civil: Un Intento por Describir la Visión de la Magistratura"* en *Reforma a la Justicia Civil. Una Mirada desde la Judicatura*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, pp. 263-279.

DELGADO, Jordi (2016): *"Algunos Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos: Una Relectura de los MASC con Pretensión Dogmática y Vocación Procesal"* en *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar*. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016.

DUCE, Mauricio; MARIN, Felipe; RIEGO, Cristián (2008): *"Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información"* en *"Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina"* Centro de Estudios de la Justicia para América (CEJA), Santiago, 2008, pp. 13-94.

FRIEDENTHAL, KANE et al (2007): *"Civil Procedure."* West Academic, 2007.

FRIEDLAND, BERGMAN et al (2012): *"Evidence law and practice."* 5<sup>th</sup>. Ed. LexisNexis, 2012.

GARAPON, Antoine, et al (2006): *"Juger en Amérique et en France"*, Legis Editores, 2006.

GARCÍA, José y LETURIA, Francisco (2006): “*La Justicia Civil y Comercial Chilena en Crisis: Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil*” en *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil*. Fundación Libertad y Desarrollo. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2006, pp. 29-83.

GENN, Hazel (DBE) (2010): “*Judging Civil Justice*”. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

GIANNINI, Leandro (2014): “*Mecanismos alternativos para favorecer el acceso a la justicia en América Latina*” en “*La mediación obligatoria en Argentina*”, La Ley, Bs. Aires, 2014.

GILSANZ, Javier (2010) “*The global law collection. El proceso civil estadounidense: la tutela judicial cautelar*”, Thomson Reuters, Pamplona, Primera edición, 2010.

GLANNON (2013): “*Civil Procedure.*” Wolters Kluwer Law & Business (7<sup>th</sup>. Ed), 2013.

GRAHAM, Michael (2003): “*Federal Rules of Evidence in a nutshell.*” West Group, 2003.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY John: “*El Federalista*” Primera Edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, Tercera reimpresión, 1982.

HARASIC, Davor (2006): “*Justicia Civil: Transformación Necesaria y Urgente*” en “*Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil.*” José Silva, José García y Francisco Letura, Editores. Fundación Libertad y Desarrollo, P. Universidad Católica de Chile, Universidad Autónoma de Madrid, Santiago, 2006, pp. 385-410.

HAZARD, Geoffrey y DONDI Angelo: “*Etiche della professione legale.*” Il Mulino, Bolonia, 2005.

HAZARD, Geoffrey y TARUFFO, Michele (2006) *"The global law collection. La justicia civil en los Estados Unidos"*, Thomson Reuters, Navarra, Primera edición, 2006.

HEDGES, Ronald; ROTHSTEIN, Barbara & WIGGINS, Elizabeth (2017) *"Managing Discovery of Electronic Information"*, Publicación del Federal Judicial Center, Third Edition, Washington D.C., 2017.

HALL, Kermit y McGUIRE, Kevin (2005): *"The Judicial Branch"*. Oxford University Press, New York, 2005.

KANE, Mary Kay: *"Civil Procedure in a nut shell"* (2007) Thomson West, 6a. Edición, St. Paul. MN, 2007.

LAGOS, Maria Soledad (2016): *"Incorporación de la Mediación en el Derecho Chileno: Análisis Crítico"* en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, pp. 93-120.

LETURIA, Francisco (2006): "Ampliación del ámbito del arbitraje: Una solución estructural para algunos de los problemas de la justicia civil" en *"Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil."* José Silva, José García y Francisco Letura, Editores. Fundación Libertad y Desarrollo, P. Universidad Católica de Chile, Universidad Autónoma de Madrid, Santiago, 2006, pp. 263-312.

LORCA, Antonio: *"El Jurado: Experiencias y Futuro en el Décimo Aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005). La práctica adversarial del Proceso Penal Ordinario de la Ley del Jurado en la más reciente Teoría y Jurisprudencia"*. Editorial Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

MEADOR, Daniel J. (1995): *"Los Tribunales de los Estados Unidos"*, Perezniето Editores, México, 1995.

MUÑOZ, Sergio (2015): *“Prólogo y Estudio introductorio a la Obra Colectiva: El Proyecto de Código Procesal Civil, la Mirada de la Magistratura”* en Reforma a la Justicia Civil. Una Mirada desde la Judicatura, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, pp. 7-48.

MURPHY, Walter: *“Elements of judicial strategy”*, The University of Chicago Press, 1973.

NIEVA-FENOLL, Jordi (2016): *“Mediación y Arbitraje: ¿Una Ilusión Decepcionante?”* en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016.

NÚÑEZ, Raúl (2009): *“Negociación, mediación y conciliación como medios alternativos de solución de controversias”*. Colección Estudios de Derecho Procesal. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009.

PALOMO, Diego (2006): *“Reforma del Procesal Civil Chileno: Algunos Apuntes”* en *“Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil.”* José Silva, José García y Francisco Letura, Editores. Fundación Libertad y Desarrollo, P. Universidad Católica de Chile, Universidad Autónoma de Madrid, Santiago, 2006, pp. 447-474.

PALOMO, Diego (2015): *“Sobre la Reforma Procesal Civil, los Principios y la Decisión de Cambiar a un Modelo Predominantemente Oral”* en Reforma a la Justicia Civil. Una Mirada desde la Judicatura, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, pp. 53-77.

PALOMO, Diego y GIANNINI, Leandro (2016) (B): *“Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Reflexiones desde la otra vereda, especialmente de la Mediación como Expresión Paradigmática de una Nueva Forma de Acceso a Justicia”* en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, pp. 277-290.

PARRA, Dario (2018): *“Notas Sobre la Mediación en el Ámbito de la Salud”*, en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado Actual, Problemas Existentes y Propuestas de Soluciones. María Fernanda Vásquez Palma, Directora. Legal Publishing Chile, Santiago, 2018, pp. 457-471.

PICÓ I JUNOY, Joan (2003): *“El Principio de la Buena Fe Procesal.”* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.

PLAPINGER, Elizabeth y STIENSTRA, Donna (1996): *“ADR and Settlement in the Federal District Courts: a sourcebook of judges & lawyers”*, Federal Judicial Center, Washington, 1996.

PUGA, Juan (2005): *“El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

RIEGO, Cristian (2016): *“Los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos y la Reforma Procesal Civil”* en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, pp. 255-261

ROMERO, Alejandro (2004): *“La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho”*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2004.

SCHIAVO, Nicolás: *“El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial”*. Editorial Hammurabi, 1ª. Edición, Buenos Aires, 2016.

SEGAL, Jeffrey, SPAETH, Harold et al (2005): *“The Supreme Court in the American Legal System.”* Cambridge University Press, New York, 2005.

SHREVE, Gene y RAVEN-HANSEN, Peter (1996): *“Understanding Civil Procedure”* Legal Text Series, Matthew Bender, Second Edition, New York, 1996.

SILVA, José y Domínguez, Juan (2006): *“Principios Fundamentales del Procedimiento Civil: Diagnóstico y Proposiciones a la Luz de un Nuevo*

Ordenamiento” en *“Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil.”* José Silva, José García y Francisco Letura, Editores. Fundación Libertad y Desarrollo, P. Universidad Católica de Chile, Universidad Autónoma de Madrid, Santiago, 2006, pp. 447-474.

STÜRNER, Rolf y KERN, Christoph (2013): *“Comparative Civil Procedure: Fundamentals and recent trends”* en “Estudios de Derecho Procesal Civil Comparado”. Thomson Reuters, Santiago, 2013.

STÜRNER, Rolf (2013): *“Recursos en el Proceso Civil Alemán”* en “Estudios de Derecho Procesal Civil Comparado”. Thomson Reuters, Santiago, 2013.

TANGINUCHI, Yasuhei (2006): *“Japan’s recent civil procedure reform: Its seeming success and left problems”* en *“The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective”*, pp. 91-113. Nicolo Trocker y Vincenzo Varano, Editores. G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

TARUFFO, Michele (1996): *“La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible”*. Traductor Perfecto Andrés Ibáñez. En “Corrupción y Estado de Derecho”. Madrid, Trotta 1996.

TARUFFO, Michele (2008) *“El proceso adversarial en la experiencia americana”*, (Editorial Temis, Bogotá).

TARUFFO, Michele (2009) *“La prueba. Artículos y conferencias”*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009.

TARUFFO, Michele (2013) *“Processo civil comparado: Ensaio”*, Editorial Marcial Pons, Sao Paulo, 2013.

TEPLY & WHITTEN: *“Civil Procedure.”* Foundation Press, 2004.

TROCKER, Nicolo and VARANO, Vincenzo (2006): “*Concluding Remarks*” en “*The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*”, pp. 144-161. Nicolo Trocker y Vincenzo Varano, Editores. G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

TWEEDDALE, A & TWEEDDALE, K.: “*Arbitration of commercial disputes: International and English law and practice.*” Oxford University Press, 2005.

VALDIVIA, Claudio (2007): “*Medición de Desempeño en un Sistema de Justicia: Evaluación según el modelo de balance scorecard*” en *Reformas al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario.* José García, Francisco Leturia y Claudio Osorio (editores). Libertad y Desarrollo. Facultad de Derecho P. Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, 2007, pp. 307-320.

VÁSQUEZ, María (2009): *Arbitraje en Chile. Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencia.* Primera Edición. Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2009.

VÁSQUEZ, María (2016): “*Estado Actual del Arbitraje en Chile: Revisión de Datos, Marco Normativo Comparado y Proyecto Legislativo que Modifica el Sistema*” en *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar.* Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016.

VIAL, Jorge (2006): “*Reforma Procesal Civil: Una Mirada desde el Derecho Norteamericano*” en “*Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil.*” José Silva, José García y Francisco Leturia, Editores. Fundación Libertad y Desarrollo, P. Universidad Católica de Chile, Universidad Autónoma de Madrid, Santiago, 2006, pp. 703-720.

WALTER, Gerardo (2006): “*The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?*” en “*The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*”, pp. 67-89. Nicolo Trocker y Vincenzo Varano, Editores. G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

WRIGHT & KANE (2011): *“Law of Federal Courts.”* West Academic Publishing, 2011.

WRIGHT & MILLER (2016): *“Federal Practice & Procedure.”* Thomson Reuters, 2016.

ZUCKERMAN, Adrian (1999): *“Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure”*, Oxford University College, Oxford, 1999.

ZUCKERMAN, Adrian (2006): *“Court Control and Party Compliance – The Quest for Effective Litigation Management”* en *“The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective”*, pp. 144-161. Nicolo Trocker y Vincenzo Varano, Editores. G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

### **III.- ARTÍCULOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS. ENSAYOS. INVESTIGACIONES.**

ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Uniform Law Review, 2004-4, Oxford Academic, 2004.

AHMED, Massod (2017): *“An investigation into the nature and role of non-settled ADR in the English civil justice system”*, en International Journal of Procedural Law, 2017, 7:2 p. 216

ALCALDE, Enrique; ALCALDE, Jaime; ALVAREZ, Carlos et Al (2012): *“Carta Comentarios al Proyecto de Ley que Establece el Código Procesal Civil (Boletín N°8197-07)”* en Revista de Derecho Procesal. Proyecto de Código Procesal Civil. Año 2012 – N°22, Depto. de Derecho Procesal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Legalpublishing Chile, Santiago, 2012.

ALEXANDER, Nadja; GOTTWALD, Walther y TRENCZECK, Thomas (2006): *“Mediation in Germany: The Long and Winding Road”* en Global Trends in Mediation, pp. 223-258, Research Collection School of Law,

ALFINI, James: *“Trashing, Bashing and Hashing it Out: Is this the end of Good Mediation?”* (1991) 19 Florida State University Law Review, 47, 56-59.

ANDREWS, Neil (2002): *“La combinación de la administración pública y privada de la justicia civil”*, Rev. de Derecho, P. Univ. Católica de Valparaíso, XXXIX, 2012, segundo semestre, pp. 253-289.

ANDREWS, Neil (2011): *“Inglaterra dejó de ser una isla: Influencia Europea sobre el Proceso Civil Inglés”*, Revista Ius et Praxis, Año 17, N°2, 2011, pp. 371-390.

ARAYA, Claudio (2016): *“La Inadmisibilidad Documentaria en el Código Tributario Chileno”* Tesis de Magister en Tributación, Escuela de Economía y Negocios, Universidad de Chile, 2016. Inédito.

ARDILES, Ricardo (2017): *“Estudio sobre Acuerdos en Mediación por Daños de Salud en el Sector Público, a 10 años de la Consagración de la Ley 19.966”* Memoria de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017. Inédito.

BARONA, Silvia (2005): *“Fomento de las ADR en España”*, Revista Sequencia, 51, pp. 169-201, Dic. 2005.

BARONA, Silvia (2011): *“Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”*, Rev. de Derecho, U. Católica del Norte, año 18 – N°1, 2011, p.p. 185-2011.

BARONA, Silvia (2010): *“El movimiento de las ADR en el derecho comparado”*. Ed. La Ley, 2010.

BARONA, Silvia (2014): *“Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. Luces y sombras en Europa”* en InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre 2014.

BARRÍA, Pedro (2016): *“Mediación por Daños en Salud: Aportes al Acceso y Calidad de la Justicia”* en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, pp. 277-290.

BARTON, Benjamin (2014): *“An Article I Theory of the Inherent Powers of the Federal Courts”* en Catholic University Law Review, Volume 61, Issue I, pp. 8-61.

BERGMAN, Paul (1991): *“Of Bentham, Wigmore, and Little Bo Peep: Where Evidence Lost its Way, and a Map for Scholars to find it (Review of Twining: Rethinking Evidence – Exploratory Essays).”* En Notre Dame Law Review, volume 60, article 14, april 2014, pp 949-964.

BERIZONCE, Roberto (2016): *“Procedimientos preeliminarios y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de conflictos”*. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°35, Santiago, 2016.

BERNSTEIN, Lisa (1993): *“Understanding the Limits of Court-Connected ADR: a Critique of Federal Court-Annexed Arbitration Programs”* En U. of Pennsylvania Law Review, 2169, 2215.

BONE, Robert: *“Discovery”* en “Derecho Procesal Civil Comparado” Thomson Reuters, Santiago, 2013.

BORDACHAR, Rodrigo (2016): *“La Inserción de Cláusulas Escalonadas de Resolución de Conflictos en los Contratos (Negociación-Mediación-Arbitraje)”* en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Un Estudio Multidisciplinar. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016.

BRAZIL, Wayne: *“A close look at three Court Sponsored ADR Programs: Why they exist, How they operate, What they deliver and Wether they threaten important values”* (1990), U. of Chicago Legal F. 303, 331.

BRITO, Haroldo: “¿Cuáles son los cambios que se deben implementar en el sistema judicial para que sea más sensible a las expectativas y necesidades de la ciudadanía?” Ponencia ante la Vigésima Conferencia Judicial de Cortes Supremas del G20. Buenos Aires, 10 de Octubre 2018. Consultado en <http://www.diariojudicial.cl/2018/10/11/brito-expone-sobre-reformas-judiciales-en-conferencia-judicial-del-g-20/> (visitado el 11 de octubre 2018).

BURBANK, Stephen & SILBERMAN, Linda (1997): “*Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America*” en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, N°4, Symposium Civil Procedure Reform in Comparative Context (Autumn, 1997), pp. 675-704.

CARRETTA, F.: “*La coherencia en el proceso civil.*” LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

CHALAMISH, Michal; GABBAY, Dov; SCHILD, Uri: “*Intelligent Evaluation of Evidence in Wigmore Diagrams*” en *Proceedings of the 13<sup>th</sup> International Conference on Artificial Intelligence and Law*, pp. 61-65, Pittsburgh, Pennsylvania, 2011.

CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; SORABJI, John; STÜRNER, Rolf; TANIGUCHI, Yasushei y VARANO, Vincenzo: “*Civil Litigation in Comparative Context*” (2017). New York University School of Law. Public & Legal Theory Research Paper Series Working Paper N°17-37. Septiembre, 2017.

CHERNICK, Richard (2004): “*ADR Comes of Age: What Can We Expect in the Future?*” en *4 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4 issue 2.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. (2012). “*Prudencia versus ideología: De nuevo sobre el papel del Juez en el Proceso Civil*”. *Ius et Praxis*, 18(2), 243-294, Universidad de Talca.

DEL VALLE, Carlos; AGÜERO, Claudio; ITURRA, Daniel; MEDINA, Jorge y ZAMBRANO, Juan: “*Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando el Modified Wigmorean Análisis (MWA)*” (2008), en *Ius et Praxis*, año 15, N°1, pp. 15 – 53.

EDWARDS, Harry (1986): “*Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*” 99 Harvard Law Review, 668, 671.

FARMER, Amy y PECORINO, Paul (2014): “*Discovery and Disclosure with Asymmetric Information and Endogenous Expenditure at Trial*” en The Journal of Legal Studies, vol. 42 (12), enero 2013, The University of Chicago Press, pp. 223-247.

FERRER, Eduardo (2011): “*Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad*” en Estudios Constitucionales, año 9, N°2, 2011, pp. 531-622. Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2011.

FISS, Owen (1984): “*Against Settlement*” en Yale Law School. Faculty Scholarship Series. Paper 1215.

FISS, Owen (1987): “*Why the State?*” en Yale Law School. Faculty Scholarship Series. Paper 1208.

GENN, Hazel (DBE); FENN, Paul et al: “*Twisting arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure*”. Ministry of Justice Research Series 1/07, London, 2007.

GENN, Hazel (DBE) (2013) (A): “*Getting to the truth: experts and judges in the ‘hot tub’*”, en Civil Justice Quarterly, vol. 32, issue 2, 2013. Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, London, 2013.

GENN, Hazel (DBE) (2013) (B): “*What is Civil Justice For? Reform, ADR, and Acces to Justice*”, en Yale Journal of Law & the Humanities: Vol. 24: Iss. 1, Article 18.

GONZÁLEZ, Nuria (2006): “*Common law: Especial referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos*” en Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 373-407.

GROSS, Samuel (1987) *“The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation”*, en Michigan Law Review, Vol. 85, N°4, Feb. 1987, pp. 734-757.

GROSS, Samuel y SYVERUD, Kent (1996) *“Don’t Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement”*, en UCLA Law Review, Vol. 44, N°1, 1996, pp. 1-64.

HAIG, Robert y STONE, Warren (1994) *“Does all this Litigation Reform Really Benefit the Client?”*, en 8 Inside Litigation 20, 24, 1994.

HAZARD, Geoffrey (1998): *“From Whom No Secrets are Hid”* en Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 2360, 1998.

HENCH, Virginia (1994) *“Mandatory disclosure and equal access to justice: The 1993 Federal Discovery Rules Amendments and the just, speedy and inexpensive determination of every action”*, Temple Law Review, vol. 67, 1994, pp. 180-240.

HUNTER, Iván (2008) *“No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”*, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXI - N° 2 - Diciembre 2008, Páginas 151-182

HUNTER, Iván (2011) (A) *“Rol y Poderes del Juez Civil: Una mirada desde la eficiencia del proceso”*, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, año 18, N°2.

HUNTER, Iván (2011) (B) *“La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el Proyecto de Código Procesal Civil”*, Revista Ius et Praxis, año 17, N°2, 2011, pp. 53-76.

HUNTER, Iván (2016) *“La Negativa Injustificada a la Exhibición de la Prueba Documental en el Proceso Civil Chileno: Una Solución Epistemológica para Superar una Regulación Deficiente”*, Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI, 1er. Semestre 2016.

HUNTON & WILLIAMS, LLP (2015): “*New federal rules aim to promote proportionality in discovery*” en <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ab96e5a6-3dab-4e0b-987736649baadde> visitado el 15.dic.2015.

HALL, Connor (1927): “*Uniform Law Procedure in Federal Courts*”, 33 West Virginia Law Quarterly. 131,134.

HARASIC, Davor; MATURANA, Cristián y MARÍN, Juan (2012): “*Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil*”, en Revista de Derecho Procesal. Proyecto de Código Procesal Civil. Año 2012 – N°22. Departamento de Derecho Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Abeledo Perrot, Santiago, 2012.

IGLESIAS, José y CALDERÓN, María (2010): “*Acceso a la justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión Europea y España)*” en Cooperación Judicial Civil y Penal en el Nuevo Escenario de Lisboa, Universidad de Valencia, Valencia, 2010.

JACKSON, Sir Rupert (2012): “*The Role of Alternative Dispute Resolution in Furthering the Aims of the Civil Litigation Costs Review*”, en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/lj-jackson-speech-eleventh-lecture-implementation-programme.pdf>, visitado el 9 de octubre de 2018.

JEQUIER, Eduardo (2016): “*La mediación como alternativa de solución de conflictos empresariales en Chile. Razones y Mecanismos para su regulación*” Revista de Derecho (Valdivia) vol. XXIX – N°1 – Junio 2016, p. 91 -118.

KATZ, Lucy: “*Compulsory alternative Dispute resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin?*” (1993) Journal of Dispute Resolution, 1, 3-20.

KERN, Christoph: *“Un análisis comparado del Derecho Procesal Civil de EEUU y de Alemania”*, en *“Estudios de Derecho Procesal Civil Comparado”*, Thomson Reuters, 2013.

KIRKPATRICK, Laird (1998): *“Evidence Law in the New Millenium”* en 49 *Hastings Law Journal*, 365, 1998.

KOURUOUTAKIS, Antonios (2017): *“After Brexit: The transposition of EU law into national law and the key roles of sunset clauses”*, disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/07/after-brexit-transposition-eu-law-national-law-and-key-role-sunset> (visitado 19.mar.2018).

LAGARDE, Xavier (2001): *“Droit Processuel et Modes Alternatifs de Règlement del Litiges”* en *Revue de l’arbitrage*, N°3, pp. 423-449.

LANGBEIN, John (1985): *“The German Advantage in Civil Procedure”* en 52 *U. of Chicago Law Review*, 4, 1985, pp. 823-866.

LANIEWSKI, Susan et al (2012), *“Courts 101: An Understanding of the Court System”*, IJIS Institute, Courts Advisory Committee, US Department of Justice, Washington DC.

LOPEZ-BARAJAS, Inmaculada (2012): *“La efectividad de la justicia: Una exigencia constitucional. (Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos).”* *Revista de Derecho Político UNED*, N°85, sept. – dic. 2012, pp. 141-170.

LOVE, Rebecca; GAGEL, Pamela; SINGER, Jordan et Al (2009): *“Civil Case Processing in the Federal District Courts. A 21<sup>st</sup>. Century Analysis”*. Institute for the Advancement of the American Legal System. University of Denver, 2009.

MARCUS, Richard (1998): *“Discovery Containment Redux”* en 39 *B.C. Law Review* 747 (1998).

MARCUS, Richard et al (2013) (A): *“Civil Procedure, a modern approach”*. American Casebook Series. West Academic Publishing (6<sup>th</sup>. Ed), 2013.

MARCUS, Richard (2013) (B): *“Procedure in a Time of Austerity”*, en International Journal of Procedural Law, Volume 3 (2013), N°1, pp. 133-158.

MARCUS, Richard (2017): *“Misgivings About American Exceptionalism: Court Access as a Zero-Sum Game”*, en Revisiting Procedural Human Rights: Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice, A. Uzelac & C.H. Van Rhee (eds.), Intersentia, 2017.

MARCUS, Richard (2018): *“Reassessing the Essential Role of Public Courts: Learning from the American Experience”*, en Transformation of Civil Justice, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 70, A. Uzelac and C.H. Van Rhee (eds.), Springer International Publishing AG.

MEIERHOFER, Barbara (1990): *“Court Annexed Arbitration in ten District Courts”* Federal Judicial Center, p. 43-48, Washington D.C., 1990.

MENKEL-MEADOW, Carrie (2017): *“Is ODR ADR? Reflections of an ADR Founder from 15 ODR Conference, The Hague, The Netherlands, 22-23 may, 2016”*, School of Law, University of California, Irvine. Legal Studies Paper Series N°2017-01.

MONTERO, Juan (2009) *“Las concepciones garantista y autoritaria del proceso civil en el siglo XX”*. Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

MONTERO, Juan (2014) *“La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)”*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MULLERAT, Ramón (2002) *“La justicia alternativa en los Estados Unidos de Norteamérica”*, Anuario de Justicia Alternativa, 2002, pp 47-73.

NIEMEYER, Paul (1998): *“Here We Go Again: Are The Federal Discovery Rules Really in Need of Amendment?”* en: Boston College Law Review, vol. 39, issue 3, article 1, pp. 517-524.

NIEVA-FENOLL, Jordi (2010): *“Oralidad e Inmediación en la prueba: luces y sombras”* en: Civil Procedure Review, v.1, n.2: 27-41, jul./set., 2010.

NÚÑEZ, Raúl (2005): *“Crónica sobre la Reforma del Sistema Procesal Civil Chileno (Fundamentos, Historia y Principios)”* en: Revista de Estudios de la Justicia. Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°6, año 2005.

NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás (2015): *“Análisis Económico de la Administración de Justicia: ¿La Justicia como Bien Público o Privado?”* en: Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N°2, pp. 595-613.

OBERG, Héctor (2003): *“La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civi)”* en: Revista Actualidad Jurídica, N°8, Julio 2003, Universidad del Desarrollo.

OBERER, Walter: *“Trial by Ambush or Avalanche – The Discovery Debacle”* (1987) en: Journal of Dispute Resolution, art. 3, University of Missouri School of Law Scholarship repository, 1987.

PALAVECINO, Claudio (2011): *“Sistemas procesales e Ideologías”* Derecho y Humanidades, N°17, 2011, Universidad de Chile, Santiago, 2011.

PALOMO, Diego y VALENZUELA, Williams (2012): *“Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley N° 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional”*. Revista *Ius Et Praxis*, año 18 N°2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2012, pp. 387-426.

PALOMO, Diego (2013) (A): *“Los Deberes de Aviso e Información del Juez y de Esclarecimiento y Colaboración de las Partes y una Cuestión que ha vuelto a*

*ponerse de moda: Los Poderes del Juez Civil. Comentario de una Conferencia*” en *Derecho Procesal Civil Comparado: Homenaje a Rolf Stürner*. LegalPublishing Chile, Santiago, 2013.

PALOMO, Diego (2013) (B): “*Las Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Es necesario darse toda esta vuelta?*” en *Revista Ius et Praxis*, año 19, N°2, 2013, pp. 447-464.

PALOMO, Diego y DELGADO, Jordi (2016) (A): “*Justicia Civil y Privada: Términos para un adecuado entendimiento. Una mirada desde Chile y sus procesos de reforma.*” *Civil Procedure Law Review*, v. 7, n. 2: 86-134, may-aug, 2016.

PALOMO, Diego et al (2016) (C): “*Juicio Oral y Audiencia Preliminar en el Nuevo Proceso Civil Chileno: Claves para Evitar Allanar el Camino de una Comparecencia Inútil*”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 19, n. 37, 2016.

PEÑA, Carlos (1996): “*Sistemas alternativos de resolución de conflictos: Antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos*” en: *Revista de Estudios Sociales* N°88, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1996.

PEÑA, Carlos (2001): “*¿Estimular los medios alternativos de solución de conflictos?*” en: *Revista de Sistemas Judiciales* N°2, Centro de Estudios de Justicia para las Américas, Santiago, 2001, pp. 12-17.

PEÑA, Carlos (2005): “*Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos*” en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Buenos Aires, Argentina, 2006. Año V – N°8.

PEÑA, Cristóbal (2017): “*Traduciendo el discovery al civil law chileno: Su aporte a los procesos de reforma procesal civil*” en: *Revista Ius et Praxis*, año 23, N°2, 2017.

PÉREZ, Álvaro y COPANI, Juan (2006): “*Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil. ¿La justa realización del derecho material vs. La resolución de conflictos?*” en: *Revista de Derecho de la P.*

Universidad Católica de Valparaíso XXVII (Valparaíso, Chile, Primer Semestre), pp. 155-183.

PICÓ I JUNOY, Joan (2004): *“El Debido Proceso”* en Justicia: Revista de Derecho Procesal N°3-4/2004 (abril 2004).

PICÓ I JUNOY, Joan (2009): *“Valoración de la Prueba y Segunda Instancia Civil: Hacia la Búsqueda del Necesario Equilibrio”* en Revista Jurídica de Catalunya N°3—2009.

PICÓ I JUNOY, Joan (2012): *“El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado.”* en Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta Vol. 6 N°1 (ene-jun 2012).

PIEDRABUENA, Guillermo (1989): *“La Reforma Procesal Civil. Antecedentes e historia de la Ley 18.705”* en Revista Chilena de Derecho. Vol. 16 pp. 630-682 (1989).

PIEDRABUENA, Guillermo (1997): *“Exposición sobre la Reforma Procesal Civil (Ley 18.705 y Ley 18.882) a través de su aplicación práctica (1988-1993)”* en Revista Chilena de Derecho. Vol. 24 N°2, pp. 397-409 (1997).

RAMOS, Francisco (2008): *“Proceso Inquisitorial y Proceso Adversarial: Orígenes y funcionamiento en 109 países”* Justicia. Revista de Derecho Procesal, año 2008. Núm. 3-4. J.M. Bosch Editor.

RESNIK, Judith (1982): *“Managerial Judges”* en 96 Harvard Law Review, 1982-1983, pp. 374 – 448.

RESNIK, Judith (1986): *“Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline”* en 53 U. of Chicago Law Review, 495, 1986, pp. 494-560.

RESNIK, Judith (1995): *“Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication”* en 10 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 211, 261, 1995.

RESNIK, Judith (2000): *“Trial as Error, Jurisdiction as Injury: Transforming the Meaning of Article III”* en Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 776 (2000).

RESNIK, Judith (2003): *“For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and Death of Adjudication”* en 58 Miami University Law Review, 2003.

RESNIK, Judith (2013): *“The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, ‘Publicity’, and the Privatization of Process in the Twenty-First Century”* en No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice 10 (2013), pp. 77-119.

RESNIK, Judith (2015): *“Difussing Disputes; The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights”* en Yale Law School Legal Scholarship Repository, Yale Law School, 2015, pp. 2804-2939.

RIEGO, Cristian y LILLO, Ricardo (2015): *“Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la Reforma”* en Revista Chilena de Derecho Privado, N°25, pp. 9-54 (diciembre 2015).

RIEGO, Cristián (2017): *“El procedimiento abreviado en la ley 20.931”* en Política Criminal, Vol. 12, N°24, Diciembre 2017, pp. 1085-1105.

ROSENBERG, Maurice: *“Resolving disputes differently: Adieu to Adversary Justice?”* (1988), 21 Creighton Law Review, 801-809.

SANDER, Frank: *“Varieties of dispute Processing. National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (The Pound Conferences)”* (1976) JC Betancourt - 2010 - Chartered Institute of Arbitrators.

SHAVELL, Steven (1999): *“The Level Of Litigation: Private versus Social Optimality of Suit and of Settlement”* en: International Review of Law and Economics. 19:99 – 115. Harvard University Law School, Cambridge, Massachusetts.

SHAVELL, Steven (2003): *“Economic Analysis of Litigation and the Legal Process”* en: Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economic and Business Discussion Paper Series. Paper 404.

SORABJI, John (2013): *“Fact – finding in Tort Litigation: Discovery, Disclosure, Proof Taking”* en: International Journal of Procedural Law, Volume 3 (2013), N°2, pp. 295-308.

SORABJI, John (2013): *“Prospects for proportionality: Jackson implementation”*. En Civil Justice Quarterly, vol. 32, issue 2, 2013, pp. 213-230. Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, London, 2013.

STIENSTRA, Donna & WILLGING, Thomas (1995): *“Alternatives to Litigation: Do they have place in the Federal District Courts?”* Federal Judicial Center, Washington D.C., 1995.

STÜRNER, Rolf (2001): *“Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions against Non-compliance”* en 6 Uniform Law Review n.s. 871, 2001. Oxford Academic.

STÜRNER, Rolf (2008): *“La Obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil”* en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXX, 1er. Semestre, 2008.

SUBRIN, Stephen (1987): *“How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective”* en University of Pennsylvania Law Review, vol. 135, 909, 1987 pp. 909-1002.

SUBRIN, Stephen (1998): *“Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules”* en Boston College Law Review, vol. 39, 1998 pp. 691:745.

SUBRIN, Stephen (2002): *“Discovery in Global Perspective: Are we nuts?”* en: De Paul Law Review, vol. 52, issue 2, winter 2002, pp. 299-319.

SUGIYAMA, Etsuko (2015): *“Simplified Civil Procedure in Japan”*, en Erasmus Law Review (EraLaw), issue 4, 2015, pp. 201-209.

SUMMERS, Clyde (2011): *“Alternative dispute resolution in United States”* en: Revista Latinoamericana de Derecho Social, N°13, Julio-Diciembre 2011, p.p. 25-35, UNAM, 2011.

TARUFFO, Michele (2003): *“Investigación judicial y producción de prueba por las partes”* en: Revista de Derecho, Universidad Austral de Valdivia, vol. XV, Diciembre 2003.

TARUFFO, Michele (2007): *“El proceso civil del “Civil Law” y de “Common Law”: Aspectos Fundamentales”*. Ius et Praxis, año 12, N°1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

TOBIAS, Carl (2000): *“Congress and the 2000 Federal Civil Rules Amendments”* en 22 Cardozo Law Review, 75 (2000).

TOBIAS, Carl (2001): *“The 2000 Federal Civil Rules Revisions”* en 38 San Diego Law Review, 875 (2001).

TRAUM, Lara and FARKAS, Brian (2017): *“The History and Legacy of The Pound Conferences”* en 18 Cardozo Journal of Conflict Resolution, 677.

TWINING, William (1993): *“Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics”* en: The Modern Law Review (MRL56:3, May), pp. 380-392.

VAN RHEE, Remco (2005): *“Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción”* en Revista de Estudios de la Justicia N°15, año 2011.

VARGAS, Marina (1996): *“Algunas consideraciones en torno al concepto de jurisprudencia”* en Revista Ars Iuris N°16, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1996, pp. 277-290.

VARGAS, Juan (2001): *“Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”* en Revista de Estudios Judiciales, Centro de Estudios de Justicia para las Américas, Santiago, 2001, pp. 2-11.

VARGAS, Macarena (2017): *“Hacia un Sistema Integral de Resolución de Conflictos Civiles”* en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/03/06/Hacia-un-sistema-integral-de-resolucion-de-conflictos-civiles.aspx>, visitado el 7 de marzo 2017.

VIGORITI, Vincenzo (2008): *“Access to Justice, ADR, Perspectives”*, Anuario de Justicia Alternativa N°9, pp. 121-131.

WEIS, Joseph: *“Are Courts Obsolete?”* (1992) 67 Notre Dame Law Review, 1385, 1396.

WILLGING, Thomas; STIENSTRA, Donna y SHAPARD, John (1998); *“An empirical study of discovery and disclosure practice under the 1993 Federal Rule Amendments”* en Boston College Law Review, Vol. 39:525, pp. 525-596.

WOO, Margaret (2018): *“The Dissapearing Trial: Retrenchment of Litigation in North America”*, en A. Uzelac and C.H. Van Rhee (eds.), Transformation of Civil Justice, Ius Gentium: Comparative Perspectives of Civil Justice, 70.

ZUCKERMAN, Adrian (2009): *“The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation”* en City University of Hong Kong Law Review, Volume 1:1, October 2009, pp. 49-71.

ZUCKERMAN, Adrian (2013): *“The Revised CPR 3.9: A Coded Message Demanding Articulation”* en Civil Justice Quarterly, Volume 32, Issue 2, 2013, Sweet & Maxwell, pp. 123-138.

ZUCKERMAN, Adrian (2015) (A): *“The Continuing Management Deficit in the Administration of Civil Justice”* en Civil Justice Quarterly, Volume 34, Issue 1, 2015, Sweet & Maxwell, pp. 1-10.

ZUCKERMAN, Adrian (2015) (B): *“A Tribute to Lord Dyson’s Conception of a Just Process”* en Civil Justice Quarterly, Volume 34, Issue 3, 2015, Sweet & Maxwell, pp. 229-236.

ZUCKERMAN, Adrian (2018): *“Truth Finding and the Mirage of Inquisitorial Process”*. Ponencia en el Congreso Internacional sobre Derecho Probatorio, Gerona, España, 2018. Inédito.