

Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos¹.

Carlos Peña González².

El texto que sigue se propone dilucidar, de una manera inevitablemente ensayística, algunos de los principales aspectos conceptuales y políticos que subyacen en los sistemas alternativos al estrictamente jurisdiccional, para la resolución de conflictos. Como espero mostrar, algunos de esos sistemas (en particular la mediación y el arbitraje) poseen importantes ventajas para una política de justicia que desee ser eficiente y socialmente adecuada. Las palabras que siguen constituyen un intento de fundar conceptualmente y otorgar plausibilidad a esa conclusión en apariencia trivial. Su itinerario es el que sigue. En primer lugar (I) intentaré explicitar los puntos de vista desde los cuales es posible efectuar el análisis de los sistemas alternativos. Espero mostrar cómo los sistemas alternativos pueden ser encarados teniendo en cuenta, o, en cambio, obviando, las externalidades que provocan. Argumentaré en favor del primer punto de vista y, a propósito de él, intentaré caracterizar el modo en que la dogmática procesal encara estos sistemas. Tengo la impresión -y el texto intenta fundar esa impresión- que la dogmática procesal resulta ciega para los aspectos interactivos del conflicto. Luego de ello, y esta vez en segundo lugar (II), expondré cómo la promoción y fomento de ciertos sistemas alternativos exige redefinir el objetivo público en materia de justicia. Como es sabido, la definición de la tutela judicial como la única forma de tutela es uno de los ideales vinculados a el surgimiento del Estado Moderno y al proceso de expropiación de competencias que se encuentra en su origen. Ese objetivo de política -vinculado a ese fenómeno histórico- debe cambiarse, según creo, para alcanzar algún óptimo social que satisfaga los óptimos de eficiencia. Arguiré que las condiciones sociales inducidas por los procesos de modernización exigen redefinir el óptimo social en materia de justicia hasta incluir una oferta heteréogena de protección y de tutela. Todo ello exigirá algún rodeo teórico en derredor de lo que deba entenderse por óptimo en materia de justicia. Como el tema de los óptimos suele ser desconocido en el ámbito de quienes se ocupan del derecho, me veo obligado a efectuar un breve rodeo teórico en ese ámbito. Establecido lo anterior -es decir, dilucidados los puntos de vista desde los cuales es posible encarar el análisis y redefinido el objetivo de bienestar que, en materia de justicia, ha de ser perseguido- el texto se interna en algunos de los principales sistemas alternativos que, a la luz del objetivo de bienestar, ha de perseguirse. En esta parte (III) procuro mostrar cómo la consideración de sistemas alternativos se relaciona estrechamente con una conceptualización del conflicto que destaca los aspectos de racionalidad estratégica y de interacción que involucran. El objetivo de esta tercera parte es poner de manifiesto cómo los sistemas alternativos vienen exigidos no sólo por una eficiente política de acceso, sino por la especial naturaleza de cierto tipo de conflictos. En la cuarta parte (IV), procuro destacar -en relación con lo anteriormente expuesto- las particulares ventajas de la mediación y el arbitraje. En favor de la primera, arguyo que se trata de la forma de resolución de conflictos que mejor combina la "juridificación de la vida" -provocada por el cambio en las pautas de movilidad social- y la necesidad de "desjudicializar los conflictos" -exigida por el óptimo de eficiencia. En favor, ahora, del arbitraje, esgrimo como principal razón para preferirlo la internalización de los

¹ Estas notas forman parte de una investigación más general realizada bajo los auspicios, y el financiamiento, de la Corporación de Promoción Universitaria (Santiago, Chile).

² Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y de Derecho Civil y Filosofía del Derecho en la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

costos de litigar que ese sistema provoca y la posibilidad que brinda el arbitraje corporativo o institucional de que la sociedad civil autogestione institucionalmente sus propios conflictos.

Con todo, voy a comenzar, como lo anuncié, examinando la cuestión metodológica relativa a los puntos de vista desde los cuales es posible efectuar el análisis.

I

Cuestiones conceptuales y metodológicas.

El exámen de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, puede, a mi juicio, ser emprendido desde dos diversos puntos de vista. De una parte, es posible asumir su exámen desde el punto de vista de la dogmática procesal, intentando, por ejemplo, situar a esos sistemas en el complejo de conceptos con que la dogmática procesal describe, y a la vez optimiza, los sistemas estatales de resolución de disputas. Es sabido que, desde este punto de vista³, los mecanismos alternativos conducen, como resultado, a múltiples figuras procesales (como la transacción o el avenimiento) y plantean algunos problemas técnicos relativos a su homologación con la sentencia a fin de dotarla de coercibilidad⁴. De otra parte, y abandonando ese primer punto de vista, es posible examinar los mecanismos de resolución de disputas -o cualesquier otra figura procesal- desde el punto de vista del análisis social y con miras a la formulación de una cierta política de justicia.

Si bien, y como lo adelanté, en la mayor parte de lo que voy a decir asumiré el segundo punto de vista, creo que podría resultar útil comenzar examinando los límites del primero.

Para la dogmática procesal más comúnmente recurrida y que suele enfatizar el mecanismo adversarial -pienso en autores como Calamandrei⁵, Carnelutti⁶ y los que habitualmente los siguen como Couture o Guasp- los mecanismos alternativos cumplen, desde el punto de vista conceptual, un papel análogo al que, para un civilista, cumplen fenómenos como el contrato por adhesión o la estipulación a favor de un tercero. La conciliación, por ejemplo, en el ámbito del derecho procesal -del mismo modo que la figura del contrato por adhesión en el ámbito civil- constituye un fenómeno que excede, y hasta cierto punto transgrede, el sistema de conceptos construido en derredor del proceso. Permítamme que explique brevemente la analogía que intento trazar. La dogmática civil, como es sabido⁷, erige el conjunto de sus conceptos sobre la base del principio de autonomía, de manera que los fenómenos que no se ajustan a él -como ocurre con la adhesión- sólo logran ser expuestos como excepciones o figuras anómalas con respecto a la limpia fisonomía del negocio jurídico. Algo de eso creo ver en la dogmática procesal con respecto a figuras alternativas para la resolución de disputas. Si el derecho civil, como acabo de decir, erige el conjunto de sus conceptos

³ Sobre las funciones sociales de la dogmática jurídica, puede verse Peña, Carlos ¿Qué hacen los civilistas?, en: Estudios de Derecho Civil, Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico, 1993. Vid., también, Peña, Carlos Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil, en: Estudios Públicos, N-60, Primavera, 1995.

⁴ Fornaciari, M.A., Modos anormales de terminación del proceso, Buenos Aires: Depalma, 1988, tomo 2, p. 115 y ss..

⁵ El Concepto de litis en el pensamiento de Francesco Carnelutti, en: Estudios de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1961, p. 266.

⁶ Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1944, p.11.

⁷ Peña, Carlos, ¿Qué hacen los civilistas?, en: Estudios de Derecho Civil, Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, N-28, 1994.

sobre el paradigma de la promesa autónoma, el derecho procesal, a su turno, construye su complejo entramado conceptual sobre la base del modelo adversarial y heterónimo representado por la figura de la jurisdicción tal como ella aparece en el estado moderno. De ahí que no exista, propiamente hablando, un exámen, por así decirlo, positivo de los fenómenos alternativos al adversarial, sino que exámenes más bien marginales que los sitúan -incluso en los códigos- como un modo "anormal" de terminación del proceso. En mi opinión -pero no es este el tema del que ahora debo ocuparme- subyace en el derecho procesal una cierta representación del estado moderno -monopolización de la fuerza, legitimidad procedimental, concepción adversarial del debate- que explica esa forma con que se conceptualizan fenómenos como los que ahora examinamos.

A ese carácter conceptualmente tangencial y de excepción de estas figuras en el ámbito de la dogmática, ha de sumarse, todavía, la concepción que, del propio procedimiento adversarial, suele arrojar la dogmática procesal. Según una descripción ilustre (que se puede remontar a los orígenes de la ilustración y que desde el punto de vista ideológico aparece vinculada a la exégesis) el juez, según la definición de rol provista por el ordenamiento, concibe al litigio como una disputa en torno a derechos preexistentes contenidos en reglas. El derecho, según esta tesis, constituye un conjunto de reglas que instituyen títulos de propiedad o derechos de actuación exclusivos que, ex ante, confieren facultades. La violación de esas facultades da origen a una disputa que competirá al juez decidir. El ordenamiento, según esta visión, equivale a una suerte de orden cósmico: la disputa equivale a su fractura. Por lo mismo, el proceso judicial -según lo han insinuado autores como Michel Foucault, por ejemplo- está dispuesto como un debate en pos de la verdad. Todo en él está previsto para develar o descubrir quien tiene la razón o la verdad o la justicia de su lado. Según lo ha sugerido Foucault, ello explicaría que el modelo adversarial haya servido de base al paradigma de descubrimiento de la verdad que luego hizo fama en las ciencias duras⁸.

Un punto de vista distinto es el que supone el análisis social. Desde el punto de vista del análisis social ya no se trata de conceptualizar a los modelos alternativos por referencia a un sistema deductivo de conceptos, sino que, cosa distinta, se trata de identificar las **ventajas relativas que diversas instituciones proveen respecto de una misma función**, en este caso, la de resolución de controversias, para, desde allí, y ese es mi específico interés, formular una cierta política de justicia⁹. Si bien para los juristas el término "sistemas alternativos" posee un sentido estrecho -que alude, básicamente al arbitraje, la mediación y la conciliación- ello no ocurre desde el punto de vista del análisis social que ahora deseo asumir. Desde este punto de vista, todos los conflictos (desde la guerra a la discordia intrafamiliar) acaban por resolverse -sea mediante la violencia, el abandono de la relación social, la sumisión autoritaria, el mercado o el olvido- de manera que, en los hechos, toda sociedad presenta una amplia gama de formas alternativas, algunas de las cuales (pero no todas) son las que solemos denominar mecanismos alternativos. Desde este punto de vista, la conciliación, la solución autoritaria o la solución adversarial de una misma disputa, son **funcionalmente equivalentes** y de lo que se trata, entonces, es de buscar la mejor decisión alternativa, a la luz de un cierto ideal de moralidad política o social, entre esas varias formas posibles. Lo que interesa, entonces, desde este segundo punto de vista -y supuesta la amplia oferta social de mecanismos alternativos- es lo siguiente: ¿cuáles de esas varias formas alternativas socialmente disponibles y, en

⁸.- Michel Foucault: "La verdad y las formas jurídicas", Gedisa, Barcelona, 1986.

⁹ Sobre análisis funcional, puede consultarse: Merton, R. Teoría y Estructura Social, México: F.C.E., 1964, páginas, 29-94; también, Luhmann, Niklas, Sistema y Función, en: Luhmann, N., Sociedad y Sistema: la ambición de una teoría, Barcelona: Paidós, 1990, página 41 y siguientes.

aspectos relevantes, funcionalmente equivalentes, hemos de fomentar y porqué?. La respuesta a esa pregunta configura una cierta decisión en materia de política de justicia y contribuye a diseñar lo que, más adelante, denominaré un óptimo.

Con todo, y como cosa previa a la consideración de ese óptimo, resulta indispensable insistir en las características del análisis social de este tema.

El análisis social de las formas alternativas de resolución de conflictos puede ser emprendido desde un punto de vista que deseo denominar externo o desde un punto de vista que, por la inversa, podemos denominar interno. En el primer caso, se trata de indagar por la situación que le corresponde a los sistemas alternativos en una política de justicia definida en base a criterios de bienestar social. Aquí cabe destacar cuestiones como el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan. En el segundo caso, en cambio, ya no se trata de postular a los sistemas alternativos como medios eficientes para el logro de una práctica social que provoque bienestar, sino que se trata de resaltar a esos mecanismos como formas **interpersonalmente adecuadas de tratamiento del conflicto**. Aquí, por ejemplo, suele destacarse la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional ínsito a todo conflicto, o el menor grado de agresividad que suponen. Como es obvio, la evaluación que uno haga de estos sistemas puede variar según el punto de vista que uno adopte y, en consecuencia, la evaluación global podría no ser consistente. Por ejemplo, la terapia psicoanalítica puede constituir, desde el punto de vista de los partícipes, una espléndida forma de tratamiento del conflicto; pero, no hay duda, se trata de un método desastroso desde el punto de vista de las definiciones de una economía del bienestar que tenga en cuenta **todos** los intereses involucrados que, en cuestiones públicas, exceden, como es obvio, en mucho a las meras partes en conflicto. Así como, desde el punto de vista de las decisiones sociales, no estamos dispuestos a proteger la vida a cualesquier costo (y hacemos, como lo ha mostrado Calabresi¹⁰, carreteras más baratas a sabiendas que alguien morirá en esa vía) así, también, no estamos dispuestos a resolver los conflictos a cualesquier precio. Dada la escasez inevitable con que se adoptan las decisiones públicas, cualesquier decisión posee un costo alternativo que debe ser considerado¹¹. En lo que sigue, y como lo anuncié, comenzaré asumiendo este último punto de vista (es decir, el punto de vista externo). Hacia el final agregaré algunas consideraciones relativas al punto de vista interno.

Como acabo de explicar, la oferta de mecanismos alternativos al jurisdiccional para la resolución de disputas es amplia y heterogénea. Lo que ocurre es que algunos de esos mecanismos los disvaloramos porque, según creemos, contravienen nuestros ideales de moralidad o porque son ineficientes. En otros términos, contamos con razones prácticas (según la definición que de razón práctica daba Kant¹²) para desechar o inhibir el uso de algunos de esos mecanismos (por ejemplo, el uso de la violencia extraestatal o la mera sumisión autoritaria) y, en cambio, fomentar otros (por ejemplo, y para coger un caso de moda, la mediación). Desde la constitución del estado moderno - definido como una asociación que reclama para sí, con éxito, el monopolio de la fuerza física¹³-

¹⁰.- Guido Calabresi: "El coste de los accidentes", Ariel, Barcelona, 1988.

¹¹ Cfr. Coase, Ronald, El problema del coste social, en: La empresa, el mercado y la ley, Madrid: Alianza, 1994, páginas 121 y siguientes; vid., también, Nash, C., La teoría de la medición del costo social, en: Haveman (E), Un análisis del gasto y de las políticas gubernamentales, México: F.C.E., 1992, páginas 78-100.

¹².- Inmanuel Kant: "La crítica de la razón práctica", Losada, BUenos Aires, 1990.

¹³ Esa fórmula, como es sabido, pertenece a Weber, M. La política como vocación, en: El político y el científico, Madrid: Alianza, 1980, p. 89.

existe un sólo tipo de mecanismo de resolución que el estado ha definido, diseñado y promovido, a saber, la solución adversarial a cargo de jueces que deciden quien tuvo -ex ante el conflicto- el derecho de su parte. En favor de esa definición más o menos explícita de política pública en cuestiones de justicia, se allegaron múltiples razones de legitimidad y de garantía. Ahora bien. El problema que, en lo que sigue, me interesa explorar, es la redefinición de ese ideal en materia de política de justicia. Voy a sostener que existen dos motivos en favor de una ampliación del objetivo en materias de justicia, a saber, un **motivo de eficiencia** y un **motivo que denominaré social**. En ese orden los examinaré en lo que sigue. Lo que me interesa -según ya lo anuncié en la introducción- es allegar razones en favor de una redefinición del objetivo de bienestar en la política de justicia.

II

¿Cuándo es óptimo un sistema de administración de justicia?. Los objetivos de la política de justicia.

El tema de los óptimos en materia de decisiones públicas -y, por extensión, el tema de lo que es óptimo en materia de justicia- es una cuestión largamente debatida y la literatura sobre el tema es suficientemente amplia. Un planteamiento riguroso de la cuestión que conduzca, en definitiva, a justificar plenamente porqué los sistemas alternativos integran un óptimo en cuestiones de justicia, exige hacer un rodeo teórico que permita comprender cabalmente el tema. Ese rodeo nos servirá, además, como una introducción a algunos aspectos relevantes de la teoría del conflicto.

En términos generales, el tema de los óptimos -es decir, el tema de qué es lo mejor desde el punto de vista del colectivo- se vincula con la teoría de la elección racional¹⁴. Se trata de esclarecer cuál es la mejor decisión posible para alcanzar un cierto estado de cosas definido como deseable. Desde el punto de vista de un actor individual, la elección -según lo ha sugerido Elster¹⁵- puede ser vista como el encuentro de dos variables, a saber, los deseos del agente y el conjunto de sus oportunidades (o, como ha insistido Douglas North¹⁶, el conjunto de creencias del agente acerca de sus oportunidades). "Dado el conjunto de acciones disponibles, expresa un autor, el agente escoge racionalmente si no está a su disposición otra acción cuyas consecuencias prefiera a las de la acción escogida"¹⁷. Otro autor¹⁸ denomina valor a la regla de elección entre varias acciones mutuamente excluyentes. Así, pues, la teoría de la elección sugiere que una elección es racional cuando es derivable de un ordenamiento. El actor individual actúa racionalmente, entonces, cuando según una escala ordinal de preferencias escoge el medio más eficiente, de los que dispone, para alcanzar esas preferencias, supuesto un cierto conjunto de oportunidades.

De una manera análoga a ese concepto de racionalidad individual, es posible, ahora desde el punto de vista de sistemas interactivos más complejos, hablar de racionalidad social. "Dado que las acciones tienen una naturaleza colectiva o interpersonal -expresa Arrow¹⁹- lo mismo debe ocurrir

¹⁴ Cfr. Sen, A., Elección Colectiva y Bienestar Social, Madrid: Alianza, 1976.

¹⁵.- Jon Elster: "Tuercas y tornillos", Barcelona: Gedisa, 1988, p. 23.

¹⁶ Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, Buenos Aires: F.C.E., 1993, p. 31.

¹⁷ Hahn, Filosofía y Teoría Económica, México: F.C.E., 1986, página 14.

¹⁸ Arrow, K., Los valores y la toma de decisiones colectiva, en: Filosofía y Teoría Económica, ob. cit., p. 218.

¹⁹ Ob. cit., p. 229.

con la elección entre ellas. Un sistema de valores públicos o sociales en esencia es una necesidad lógica". La racionalidad social equivaldría, desde este punto de vista, a un sistema social cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes con un sistema de prioridades -o conjunto de valores, según la terminología de Arrow- bien establecido. Una colectividad o unidad social cualesquiera que contara con un sistema ordinal de preferencias que resultara coincidente con sus resultados, sería, desde el punto de vista que he venido analizando, una unidad dotada de racionalidad social. Ahora bien. Dos problemas quedan planteados a partir de ese concepto de racionalidad social y los dos se encuentran en el centro del diseño de políticas públicas, a saber, cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales (problema éste del que se ha ocupado paradigmáticamente el utilitarismo) y , luego, el problema de establecer mediante qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias. De ambos problemas se ocupa, como lo adelanté, la teoría de la elección social -a saber, insisto, del problema de cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales, en primer lugar, y de cómo es posible, luego, coordinar las acciones para alcanzar ese sistema de preferencias. En lo que sigue, revisaré brevemente el primero. Mi propósito, como ya lo advertí, es el de espigar algunas conclusiones relativas a las políticas públicas de justicia, en particular en lo que atinge a la utilización de sistemas alternativos. El interés de toda esta digresión teórica radica en que es esta la única manera de conferir carácter racional y técnico a las políticas públicas.

El problema que acabo de enunciar -esto es, el problema de cómo es posible adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales- intenta ser resuelto en la economía del bienestar por el conocido criterio del óptimo de Pareto²⁰ (que subyace todavía en importantes teorías de relevancia jurídica y política como la de Rawls²¹) . Según el criterio de Pareto una situación social cualesquiera es óptima cuando es el caso que no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación de otro. El principio de optimalidad de Pareto define, pues, el momento de eficiencia (económica) como una situación de suma cero, es decir, como una situación tal que lo que uno gana inevitablemente el otro lo pierde, o dicho de otro modo, como una situación en la que sólo caben decisiones distributivas. Como observan Buchanan y Tullock²², el óptimo de Pareto posee una justificación ética consistente en que entre dos situaciones cualesquiera se considera superior aquella en que todos sus miembros están mejor o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro esté peor (la razón de todo ello es que al darse a todas las preferencias individuales un peso equivalente, debe favorecerse, en la adopción de decisiones, la unanimidad). Desde el punto de vista del óptimo de Pareto, un sistema de administración de justicia es eficiente cuando es el caso que no se puede mejorar el nivel de tutela que proporciona sin desproteger a alguien. No es óptimo, en cambio, es decir, es ineficiente, cuando admite disminuciones de costos sin alterar el nivel de tutela disponible, es decir, cuando se puede aumentar el nivel de tutela, **a menor costo y sin desproteger a nadie que esté actualmente protegido**. Sen ha observado que un estado social cualesquiera puede ser óptimo en el sentido de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la

²⁰.- Cfr. Arrow, K. y Scitovsky, La economía del bienestar, México: F.C.E., 1974 (dos volúmenes); para un análisis crítico debe consultarse, Sen, A., Sobre Ética y Economía, Madrid: Alianza, 1989, p. 49.

²¹.- John Rawls: "Teoría de la justicia", págs. 87 y sgtes. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

²².- James Buchanan y A. Tullock: "El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional", Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos²³. Así, por ejemplo, un sistema de administración de justicia -como el chileno, según es fácil demostrarlo- demasiado homogéneo en la composición del litigio y regresivo, por tanto, en la distribución del gasto público, puede ser un óptimo en el sentido de Pareto, es decir, una situación social eficiente, aunque puede no serlo desde el punto de vista de óptimos sociales distintos al que define la economía del bienestar y que obliguen, por ejemplo, a mejorar no la cantidad sino las oportunidades de acceso.

Con todo, lo que enseña ese principio de eficiencia es que, supuesto que la utilidad social es valiosa, algún óptimo de Pareto es indispensable para alcanzar eficientemente cualesquier óptimo social, o sea, que no hay óptimo social posible sin que se alcance un óptimo de Pareto.

Es necesario, pues, configurar un cierto óptimo social respecto del cual el óptimo de eficiencia sea un requisito necesario pero no suficiente. Ese óptimo social supone decidir un conjunto de cuestiones para las cuales los aspectos normativos del análisis económico -en la medida que no contienen decisiones distributivas- resultan inadecuados. Si bien ese óptimo exige decidir un conjunto de cuestiones - que he intentado revisar en otro lugar- hay una, ante todo, que debe ser tomada en cuenta aquí pues se relaciona estrechamente con el tema que venimos considerando.

Se hace necesario definir un valor público básico -para hablar como lo haría Arrow- y optar por uno de dos objetivos en materia de justicia. De un lado, el objetivo a alcanzar puede ser definido como el de brindar la posibilidad, a los sujetos de derecho, de acceder a la tutela judicial o, de otro lado, ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder con el menor costo posible a un procedimiento efectivo -no necesariamente judicial- de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias, se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, a la creación de más tribunales o a la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir -y de hecho ha conducido en el derecho comparado- a diversificar las formas de resolución, alentando los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto. De entre esas dos formas de definir los objetivos de una política pública en esta área -lo que he llamado el problema del óptimo social- creo que hay buenas razones para optar por el segundo objetivo en vez del primero, es decir, creo que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, me parece a mí que es necesario tender a diseñar y alentar una protección accesible, plural y heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos. Varias razones pueden ser esgrimidas en favor de esta definición de política y las más obvias son las que siguen.

Por lo pronto, y así ocurriría en Chile a la luz de los indicadores de eficiencia disponibles, la utilidad marginal que se obtiene de la creación de más tribunales es decreciente, es decir, dadas las actuales rutinas de gestión la creación de cada nuevo tribunal resulta, desde el punto de vista de su costo alternativo, más cara. Ello, de otra parte, se vería acentuado por el aumento de litigiosidad que suele provocar la creación de tribunales. La razón de ello es que la demanda por justicia es elástica, de manera que la creación de más tribunales provoca en el corto plazo nueva dilación. Como es sabido, la demora opera como un precio de mercado que regula la tendencia a litigar. Al disminuir el tiempo de espera -es decir, al bajar los precios- se estimula inevitablemente la congestión. (Lo mismo, aunque de un modo más complejo y que introduce mayor cantidad de variables, es susceptible de explicarse de otra forma utilizando el concepto de "nivel de justicia disponible". El

²³ Cfr. Sen, A., ob. cit., p. 50.

nivel de justicia disponible -explica Urbiztondo²⁴- es resultado de la interacción entre la oferta y la demanda de justicia. La oferta de justicia puede aumentar -sobre la base de la litigación costo cero o sobre la base de errores judiciales- la demanda injustificada y, de esa manera, provocar congestión).

Existen, todavía, otras razones. La experiencia muestra que en las sociedades en curso de modernización las pautas de movilidad social se alteran, la subjetividad se exagera y las soluciones de mercado se generalizan, surgiendo entonces un tipo de contienda y de conflicto -como la familiar o el contencioso de masas o la criminalidad de bagatela- que requiere, según intentaré demostrarlo luego, soluciones cooperativas y para el cual la solución adversarial provista por la judicatura resulta inadecuada y genera nuevos conflictos²⁵. Lo mismo ocurre en materia penal. Los procesos de modernización son asimétricos, y suelen, en sociedades duales como las latinoamericanas, provocar marginalidad. El efecto de demostración del mercado y el cambio en las pautas de consumo hace surgir formas de criminalidad de bagatela²⁶ respecto de las cuales la solución meramente punitiva arriesga el peligro de segregar y provocar nueva marginalidad. En las sociedades modernas -que experimentan lo que Charles Taylor ha denominado la ética de la autenticidad²⁷- el Estado debe proveer de equivalentes funcionales de los grupos primarios o de pertenencia deteriorados y debilitados por la exacerbación de la subjetividad que provocan los procesos de modernización. Paradójicamente, la pérdida de centralidad del estado y el abandono del padrón estatal de desarrollo como camino hacia la modernización de las estructuras económicas y sociales, acrecienta la función del Estado en zonas que hasta ahora están entregadas a las estructuras familísticas o al vecindario. Esta explosión del litigio que provocan los procesos de modernización económica y social obligan pues a "juridificar" los conflictos y a "desjudicializar" el modo de resolverlos.

Así pues no sólo hay razones económicas para alentar el surgimiento de formas alternativas y la estructuración de un sistema plural y heterogéneo de resolución de conflictos. La naturaleza del contencioso y a juridificación progresiva de todos los aspectos de la vida obligan a ello.

A más de lo anterior, existen, todavía, razones de justicia distributiva. Como lo explicaré más adelante, al contrario de lo que suelen pensar los abogados, la justicia no constituye, desde el punto de vista económico, un bien público sino un bien privado²⁸. Se trata de un bien que, al ser consumido o utilizado, importa, necesariamente, exclusiones de otros sujetos que, por ese hecho, no pueden ya consumirlo o utilizarlo. Es decir, el uso de el sistema de administración de justicia posee externalidades negativas (la exclusión) que se traducen en que los más pobres (los excluidos) subsidian a quienes logran acceder al sistema. Este carácter de los sistemas de administración de justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien. Enfrente de esta característica de los sistemas de administración de justicia se hace necesario instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar. De esa manera no sólo se introduce una estructura de precios en la litigación -permitiendo así que abandone la disputa el que valora menos el bien litigado y provocándose una ganancia social neta- sino que se corrigen los efectos regresivos

²⁴ El análisis económico de la administración judicial (mimeo, borrador), Buenos Aires, 1994.

²⁵ Aisenso, A., Resolución de conflictos: un enfoque psicosociológico, México: F.C.E., 1994, páginas 17 y siguientes.

²⁶- Cfr. Armenta Deu, T. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad, Barcelona: PPU, 1991.

²⁷ Ética de la autenticidad, Barcelona: Paidós, 1994.

²⁸ Due, John y Friedla, Análisis Económico de los Impuestos y del Sector Público, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1990, p.31.

que este fenómeno provoca sobre el gasto. Si bien como lo sugieren los estudios de Capeletti y Garth²⁹, el sistema de costas puede operar aquí como un sistema correctivo, resulta también de utilidad el arbitraje. El arbitraje, como es obvio, más que un contrato, o un equivalente funcional de la jurisdicción consiste, técnicamente hablando, en una privatización de la misma que internaliza, en los partícipes del conflicto, los costos de la litigación que, de otro modo, se difuminan, con graves efectos regresivos, sobre todos los potenciales litigantes³⁰.

III

El conflicto y los sistemas alternativos para resolverlos.

Como lo expresé ya al inicio de estas páginas -vid, supra I- desde el punto de vista del análisis social ni el conflicto, ni, tampoco, las formas de resolverlos son lo que los abogados, o quienes participan de la llamada dogmática jurídica, suelen creer. Desde luego, los sistemas de resolución de conflictos exceden en mucho al listado que manejan los juristas. Las soluciones de mercado -una forma de penalizar a quien tiene una conducta de free rider- constituyen una eficiente forma de resolver conflictos y sublimar importantes formas de agresividad. La sumisión autoritaria a los deseos de otro sujeto con el cual se guardan permanentes relaciones de interacción, suele ser una eficiente forma de resolver lo que los teóricos llaman "disonancia cognoscitiva"³¹ (una suerte de distancia o discordancia entre lo que deseamos y nuestras posibilidades). La negociación es una muy utilizada estrategia para alcanzar puntos de equilibrio entre intereses opuestos³². El olvido -como alguna vez lo anticipó Nietzsche³³- constituye el más importante remedio a nuestras frustraciones (la causa tal vez más importante de los conflictos). La violencia, en fin, es otra forma muy recurrida para resolver conflictos y, bajo la forma de monopolio, es la que constituye a fin de cuentas, desde el

²⁹ Acces to justice and the Welfare State, Bruyland- Le Monnier, 1981.

³⁰ He dejado -ex profeso- pendientes algunas cuestiones. En primer lugar, resulta imprescindible confrontar la definición de política defendida en el texto con el "derecho al libre acceso a la jurisdicción" incluido en el derecho internacional de los derechos humanos y recogido en algunos instrumentos vigentes en Chile como, vgr., la Convención Americana o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En segundo lugar, no he considerado tampoco las condiciones que en un sistema legal cualesquiera alientan o desalientan la propensión al litigio y que puede ser abordada extrapolando algunas de las tesis sostenidas en el área de la "economía del crimen" (donde, por ejemplo, Becker ha sostenido que la tasa de beneficio de cometer un crimen es el valor de los efectos del delito en relación a la pena esperada dividida por la probabilidad de que se imponga). En tercer lugar no he considerado, aún, la utilización de un sistema de tasas judiciales como parte de una política de justicia que regule la propensión a litigar. En cuarto lugar -y supuesto que sea necesario promover formas alternativas- es imprescindible examinar el sistema de incentivos en el que ella se desenvuelve y el surgimiento de intereses corporativos en su derredor.

³¹.- Elster: op.cit., primer capítulo; vid. también, del mismo Elster, El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social, Barcelona: Gedisa, 1994, p. 31.

³² Cfr. Bazerman y Neale, la negociación racional en un mundo irracional, Barcelona: Paidós, 1993; Raiffa, H., El arte y la ciencia de la negociación, México: F.C.E., 1992; Munduate y Martínez, Conflicto y Negociación, Madrid: Eudema, 1994; Serrano y Rodríguez, Negociación en las Organizaciones, Madrid: Eudema, 1994; Camerer y Loewenstein, Information, fairness, and efficiency in bargaining, in: Mellers (E), Psychological Perspectives on Justice. Theory and Applications, Cambridge: University Press, 1993, p. 155.

³³ En la genealogía de la moral y lo recuerda KUndera en el Libro de la risa y el olvido.

punto de vista del análisis social, a la jurisdicción y al estado moderno. Así, pues, y esto es lo que, por lo pronto, me interesa poner de relieve, existe una amplia gama de soluciones a los conflictos que, por lo mismo, y en un primer vistazo, pueden ser conceptualizadas como sistemas alternativos al jurisdiccional.

Al lado de esas diversas formas de resolver conflictos, existe, de otra parte, una muy amplia gama de conflictos que admiten una muy variada caracterización que incluye desde la guerra de exterminio hasta los desacuerdos conceptuales entre dos abogados en una elegante sala de casación. Si bien no es fácil hallar descripciones o tipologías del conflicto confeccionadas con miras al análisis jurídico, es siempre posible extrapolar algunas observaciones con miras a reconstruir, a partir de la información conceptual y fáctica disponible, una escala de conflictos que ayude, luego, a discernir cuál es la mejor manera de resolverlos. De ello me ocupé inmediatamente en lo que sigue. Luego de ello, volveré sobre los sistema de resolución y -por fin- me ocuparé de asuntos más cercanos a la preocupación de la dogmática. Voy, en lo inmediato, a referirme a los conflictos en general desde dos perspectivas que estimo iluminadoras, a saber, la de la sociología y la de paradigmas cercanos a la economía o la teoría de la racionalidad.

Una de los más clásicos textos sobre el conflicto es el de Lewis Coser (Nuevos aportes a la teoría del conflicto social³⁴). Coser destaca, en particular, las vinculaciones entre el conflicto y el cambio. Como resulta evidente para un análisis funcional, el conflicto no es malo por sí, sino que, como lo afirma una larga tradición que culmina en Hegel y Marx³⁵, constituye una importante fuente de dinamismo social -que acaba en el lugar común, decisivo para nuestros efectos, según el cual no importan los conflictos sino el modo de resolverlos. Desde ese punto de vista, Coser, haciendo pie en algunas distinciones efectuadas por Parsons³⁶, sugiere distinguir entre conflictos conducentes a un cambio de sistema y conflictos conducentes a un cambio en el sistema social. Es obvio que para el análisis jurídico el primer tipo de conflictos (conducentes a un cambio de sistema) resulta irrelevante: el análisis jurídico (no obstante esfuerzos que alguna vez hizo Cossio) resulta insuficiente -como lo muestra Carrió³⁷- para analizar las revoluciones (para hablar como lo hace el último autor citado, las revoluciones transgreden los límites del lenguaje normativo). Así, pues, si de análisis jurídico se trata, pareciera que sólo resultan relevantes desde el punto de vista conceptual los conflictos conducentes a cambios en el sistema.

De otra parte -y establecido lo anterior, esto es, establecido que trataremos sólo con conflictos conducentes a cambios en el sistema- es todavía posible, de un modo paralelo, distinguir entre conflictos subjetivos y conflictos intersubjetivos.

El conflicto interior -lo que acabo de denominar conflicto subjetivo- es el tema fundamental del psicoanálisis y ha sido tratado también por otras escuelas como el estructuralismo y la reflexología. En los humanos el conflicto típico es el que se plantea cuando sentimientos de odio, codicia o deseo sexual chocan con otros de temor, culpa o vergüenza. También hay incompatibilidades temporales, cuando simultáneamente motivan tentaciones o necesidades

³⁴ Nuevos aportes a la teoría del conflicto social, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1970.

³⁵ Cfr. Dahrendorf, R. Elementos para una teoría del conflictos social, en: Sociedad y Libertad, Madrid: Tecnos, 1971, p.184.

³⁶ En The social system, Glencoe Press, 1959.

³⁷.- Genaro Carrió: "Sobre los límites del lenguaje normativo", Astrea, Buenos Aires, 1973.

antagónicas. Cabría decir, para despachar rápidamente el punto, que el conflicto subjetivo es, desde el punto de vista de la teoría de la elección, o un conflicto entre reglas diversas de decisión (que es lo que el nobel Arrow llama valores³⁸) o un problema de debilidad de la voluntad (según la descripción hecha por Elster). En el primer caso -conflicto entre reglas- el sujeto padece de una deficiencia de racionalidad puesto que no dispone de una escala ordinal de preferencias (uno de los supuestos de lo que los economistas llaman racionalidad, según ya vimos en supra II). En el segundo caso, el sujeto dispone de una escala ordinal de preferencias -es decir, satisface un requisito de racionalidad- pero posee una voluntad débil que le impide perseguirlas consistentemente, o sea, siguiendo a Elster, su racionalidad es imperfecta. El caso paradigmático y famoso de este conflicto subjetivo es el de Ulises que quiere llegar a puerto pero, simultáneamente, sabe que se dejará seducir por los cantos de sirenas³⁹. En cambio, en el conflicto intersubjetivo -que es el que en particular nos interesa- una o varias personas persiguen una meta única.

La descripción más famosa de los orígenes del conflicto intersubjetivo, nos la proporcionan unas bellas páginas de Hume, sobre las que vuelve una y otra vez Rawls, en las que se sugiere que la pluralidad de planes de vida, sumada a la escasez de medios para lograrlos, configura inevitablemente el conflicto⁴⁰. Hobbes⁴¹, con un patetismo que hizo fama, representó esa omnipresente posibilidad del conflicto afirmando que en un mundo como ese -el estado de naturaleza- la vida sería "pobre, triste, solitaria y cruel". El estado de naturaleza es un estado de conflicto generalizado carentes de formas genuinas de resolución. Hobbes opinó que la superación del estado de naturaleza acaeció merced a una concentración de la fuerza cedida cooperativamente por los partícipes a un tercero -el Leviatán. Si bien las sugerencias de Hobbes no son fidedignas como descripción, pueden ser estimadas, a la luz del conocimiento hoy disponible, como una metáfora afortunada acerca del papel de las instituciones en la vida humana. Luhmann, en fin, en su sociología del derecho defiende la idea que las reglas jurídicas disminuyen, de un modo contrafáctico, la contingencia de las acciones individuales en contextos interactivos⁴². Las instituciones permiten, en efecto, que la subjetividad no se exacerbe y, por la vía de disciplinar nuestros deseos y nuestras oportunidades, nos ayudan a resolver nuestros conflictos o a plantearlos de un modo susceptible de resolución.

Existe una larga tradición intelectual según la cual las instituciones ayudan, como lo acabo de recordar, a reprimir nuestra subjetividad y, por esa vía, a disminuir los conflictos. En este sentido, una de las explicaciones más famosas del papel de las instituciones, nos la proporciona Freud en el Malestar en la Cultura⁴³. La Cultura -esto es, la coexistencia pacífica en condiciones de escasez- se ha logrado al precio de sacrificar buena parte de nuestras pulsiones y deseos. Gehlen ha insistido desde la antropología⁴⁴ en esos planteamientos y lo mismo puede decirse, en la tradición hispana, de Ortega⁴⁵. Con todo, no es esa la vía que, en mi opinión, resulta más fructífera para comprender el

³⁸ Los valores y la toma de decisiones colectivas, en: Filosofía y Teoría Económica, ob. cit..

³⁹.- Jon Elster: "Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, México: F.C.E., 1980.

⁴⁰.- David Hume: "Ensayos políticos", Técnos, Madrid, 1992.

⁴¹.- Hobbes, T., Leviatán, Editora Nacional, Madrid, 1979.

⁴² Vid., por ejemplo, Legitimacão pelo procedimento, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

⁴³ Obras Completas, XIX, Buenos Aires: Santiago Rueda, 1955, pp. 11-91.

⁴⁴.- Arnold Gehlen: "Ensayos de antropología filosófica", Siglo Veintiuno Editores, México, 1978.

⁴⁵.- Cf. Me refiero, claro está, a su Mediatción de la Técnica.

papel de las instituciones en relación al conflicto. Las instituciones son -analíticamente expuestas- nada más que una de las formas socialmente disponibles para la resolución de conflictos. Examinar este punto nos conducirá, según creo, a comprender de mejor forma los conflictos y el modo plural y heterogéneo con el que es necesario contar para resolverlos. Para ello será necesario examinar algunos aspectos de la teoría de la decisión racional y la elección.

Según lo adelanté -en supra II- la racionalidad puede ser vista como la capacidad de maximizar, en un cierto contexto, una escala ordinal de preferencias. Esa noción de racionalidad ha recibido variados reproches que no es el caso que examinemos aquí. Con todo, uno de los impugnadores de ese concepto -Elster- ha introducido una distinción iluminadora para nuestros propósitos.

Elster ha sugerido distinguir entre dos tipos de racionalidad, a saber, la racionalidad paramétrica y la racionalidad estratégica⁴⁶. La racionalidad paramétrica se caracteriza porque el agente considera que el medio en el que se desenvuelve es una constante. Para un actor con racionalidad paramétrica, los otros actores y el medio en su conjunto son nada más parámetros estables de su propia decisión, en tanto que su propia conducta es la única variable a considerar. La racionalidad estratégica, en cambio, se caracteriza porque el agente integra al ambiente en el que se desenvuelve -desde el punto de vista económico, a su conjunto de oportunidad- las expectativas cambiantes de los demás. El actor estratégicamente racional se considera -según explica Elster- participante en un juego, que, en el caso ideal, es definido como una información perfecta en el sentido que todos los jugadores tienen un conocimiento cabal de las preferencias y del conocimiento de los demás. En palabras de Elster, quien posee racionalidad estratégica "no sólo toman sus decisiones sobre la base de sus expectativas del futuro, sino también sobre la base de sus expectativas acerca de las expectativas de los demás"⁴⁷. La racionalidad estratégica supone lo que ilustres sociólogos -como Luhman o Parsons- denominan el fenómeno de la doble contingencia.

Ahora bien. Convencionalmente a las situaciones sociales de doble contingencia, suele denominárselas "juegos" y a la teoría que las examina la "teoría de juegos"⁴⁸. Voy a sostener que la teoría de juegos constituye una preciosa herramienta para el análisis del conflicto.

El ejemplo más notable de la teoría de juegos -y que ha dado origen a una fructífera literatura en torno al conflicto y la cooperación- es el conocido dilema del prisionero⁴⁹. La anécdota que da origen al dilema es la que sigue. Dos prisioneros -sospechosos de haber cometido un delito- son puestos en celdas separadas. El policía que los detuvo le dice a cada uno que será liberado si denuncia al otro sin que éste, por su parte, lo denuncie a él. Si ambos se denuncian mutuamente, cada uno será condenado a tres años de cárcel. Si él no denuncia, pero en cambio el otro lo denuncia a él, recibirá una condena de cinco años. Si ninguno denuncia, la policía podrá promover una condena de nada más un año. Ahora bien. En las condiciones definidas por el dilema -falta de comunicación entre las partes- cada actor, persiguiendo su propio interés y actuando racionalmente, debiera denunciar al otro y, de esa manera, ambos obtendrían un beneficio menor (una condena de

⁴⁶.- Jon Elster, en op.cit., sobrepone a esa distinción la de racionalidad perfecta e imperfecta.

⁴⁷.- Jon Elster: op.cit., pág. 39; en el mismo sentido, pero en una consideración más amplia, Habermas, J., Aspectos de la racionalidad de la acción, en: Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos, Cátedra, 1994.

⁴⁸.- Cf. Howard Raiffa: op.cit., Prólogo, págs 5 y sgtes.; también, Binmore, K., Teoría de Juegos, Madrid: Mc Graw-Hill, 1994, pp. 3-10; Davis, M. Introducción a la Teoría de Juegos, Madrid: Alianza, 1984.

⁴⁹.- Cf. Raiffa: op.cit., pág. 336; Cfr. Gauthier, D., Moral por Acuerdo, Madrid: Gedisa, 1994.

tres años) a aquel que alcanzarían si cooperaran entre sí sin denunciarse (una condena de nada más un año). En términos generales, y dada la condición de racionalidad estratégica, cualesquier conflicto que reprodujese las condiciones del dilema conduciría a que los actores, movidos por su propia racionalidad, actuaran en contra de aquello que, en verdad, los favorece. En otros términos, el dilema del prisionero enseña que los actores, movidos por su propia racionalidad, tenderían a no cooperar entre sí y a defraudarse mutuamente.

Existen múltiples observaciones que es posible colegir de este dilema. Con todo, hay dos que me interesa destacar desde ya. Por lo pronto, y como es obvio, puede colegirse que al aumentar la comunicación entre las partes, la solución cooperativa se hace más posible; igualmente, la solución cooperativa se acrecienta cuando la interacción es ilimitada (o sea, cuando el futuro posee algún valor que ayude a relativizar el presente).

Lo primero suele ocurrir en el mercado. Desde el punto de vista del análisis que vengo realizando, los precios constituyen un sutil intercambio de información y de ahí se ha colegido que supuesto un sistema de precios correcto, las partes negociarían hasta alcanzar la mejor solución según sus preferencias (así, por ejemplo, Coase, en el análisis económico del derecho, ha sostenido que supuesto un sistema de precios perfecto, es indiferente el sistema legal⁵⁰). Desde el punto de vista jurídico, es fácil darse cuenta cómo buena parte de los actores que van ante un tribunal van en busca de certeza o, lo que es lo mismo, de información para poder, luego, negociar. Los procesos declarativos de derechos, cumplen, básicamente, esa función.

Lo segundo se verifica en situaciones sociales que suponen una interacción permanente en el tiempo. Relaciones laborales, familiares y de vecindad, presentan, así, amplias posibilidades de soluciones cooperativas. Las partes suelen no alcanzar esa solución porque se hallan inmersas en una situación del tipo dilema del prisionero. Reestablecer un sistema de comunicación puede, allí, facilitar la solución del conflicto.

Ahora bien. Esas múltiples características que presentan los conflictos -y que yo he simplificado deliberadamente a fines del análisis- se ocultan cuando el conflicto del caso se transforma en litigio. Un litigio se caracteriza porque los intereses de las partes (el conjunto de sus expectativas) padecen tres transformaciones: en primer lugar, sus intereses y expectativas se estandarizan en base a reglas; en segundo lugar, se interpone entre los actores un representante (abogado) que guarda con los primeros asimetrías informativas y objetivos divergentes; en tercer lugar, el conflicto así presentado se resuelve echando mano a razones previas y adjudicando el litigio a uno y negándosele al otro. Lo que me interesa sostener es que tratándose de los dos tipos de conflicto que denantes distiguí, esta solución resulta insuficiente e ineficiente.

Dicho lo anterior, pretendo, ahora, en lo que sigue, avanzar algunas distinciones conceptuales entre los varios tipos de juego. Mi opinión es que, extrapolando un tanto los resultados de la teoría de juegos, podemos contar con una visión más acabada del conflicto.

La más importante distinción -de cara a los sistemas alternativos- debe ser trazada entre conflictos de suma nula y conflictos de suma diferente o no nula. El dilema del prisionero -que he asumido aquí como un caso de juego, es decir, de conflicto entre sujetos dotados de racionalidad estratégica- constituye un caso de un tipo específico de juego, a saber, un caso de juego de suma no nula y contrapuesto, por tanto, a los juegos de suma cero. La distinción entre juegos de suma no nula y juegos de suma cero -extrapolando: entre conflictos de suma no nula y conflictos de suma cero- radica en que en los primeros las ganancias de uno de los partícipes equivalen necesariamente a las

⁵⁰ Es la tesis conocida como el teorema de Coase.

pérdidas del otro, en tanto que en los segundos -es decir, los juegos de suma no nula- existen soluciones que maximizan por parejo la utilidad o el beneficio de los partícipes. Es posible, haciendo pie en la distinción que se acaba de esbozar, representarse los conflictos como un continuo que va desde los conflictos absolutamente competitivos hasta los conflictos absolutamente cooperativos. Es posible, por ejemplo, representarse la disputa por el justo precio en una compraventa -me refiero a un caso de lesión enorme- como un conflicto de suma cero: la utilidad del vendedor es inversamente proporcional a la del comprador (medida la utilidad como la cantidad de precio que cada uno deberá pagar o ahorrará en definitiva). Como es obvio, un conflicto familiar o al interior de una empresa o una disputa vecinal, son conflictos que asumen soluciones cooperativas. Está demás decir que la solución adversarial es naturalmente adecuada para el primer caso e inadecuada para el segundo.

Así, pues, lo que muestran los análisis precedentes, es que el tipo y grado de los conflictos que reclaman solución es altamente diferenciado, motivo por el cual el procedimiento "adversarial" o de adjudicación previsto por el sistema jurídico resulta, para un número relevante de conflictos, inadecuado, provoca insatisfacción y genera nuevos conflictos.

El conflicto -o la mayoría de ellos, al menos- no resulta ser equivalente al que subyace en el diseño de nuestros tribunales.

Por lo pronto, buena parte de los conflictos entre partes destinadas a interactuar indefinidamente en el futuro -vgr. los miembros de una familia, las partes de una empresa, los vecinos de un mismo barrio- no son de suma cero, sino que, según se acaba de explicar, admiten soluciones cooperativas. Los sujetos involucrados en ese conflicto no logran ajustar esa solución cooperativa porque suelen hallarse en situaciones del tipo dilema del prisionero. La solución de ese dilema (por la vía, vgr. de aumentar las posibilidades de comunicación entre las partes) tiende a facilitar la solución cooperativa. La oficina y el procedimiento jurisdiccional son obviamente inadecuados para la resolución de ese tipo de conflictos. Cuando un tribunal los resuelve -vgr. adjudicando derechos a alguna de las partes y negándoselos a la otra- se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría de alcanzar la solución cooperativa y a un costo mucho mayor que a veces se hace inútil cuando las partes, luego de la adjudicación judicial, deciden abandonarla por ineficiente o porque el conflicto, en vez de acabar, se exacerbó.

Lo anterior, conduce a otro rasgo de los conflictos que suele ocultarse en el modo que subyace a nuestras instituciones. El conflicto, tal cual se le define en el sistema legal, no es sólo una cuestión de justicia o de moralidad. Es también, y principalmente, una cuestión económica, o sea de distribución de costos y beneficios que posee importantes externalidades hacia sujetos que no son partícipes del conflicto. La solución de un conflicto conyugal de manera inadecuada (y resolverlo sobre la hipótesis de la suma cero es obviamente inadecuado) tiene costos hacia los hijos y hacia el sistema social total (los conflictos conyugales "resueltos" por los tribunales, vgr. en alimentos, suelen pauperizar a quienes participaron en él). Lo mismo puede decirse, en general, de los conflictos entre sujetos destinados a interactuar indefinidamente en el futuro.

El conflicto tampoco es, por cierto, un problema de racionalidad (aunque lo provoca, como vimos, la racionalidad y aunque, además, puede ser reconstruido conceptualmente sobre la base de decisiones racionales). En el concepto que del conflicto subyace en nuestro sistema legal, se supone (en instituciones como la ultrapetita y el principio dispositivo) que **las partes saben lo que quieren y que lo saben racionalmente**. Por lo mismo, se entrega a ellas la iniciativa formal. Se supone, pues, que no hay opacidad entre intereses y razón. La verdad, empero, es que fuera de algunos conflictos donde los intereses son coincidentes con la racionalidad (la gran empresa competidora), en la mayoría de los conflictos que denantes ejemplificábamos, los sujetos poseen un grado de

compromiso emocional con el conflicto que excede en mucho su racionalidad y que perjudica el conocimiento acerca de cuáles son sus verdaderas oportunidades.

Así, pues, no sólo existen razones de bienestar, sino, además, razones que atingen a la naturaleza misma de los conflictos, para favorecer las formas alternativas de resolución de disputas. Como lo muestra la experiencia comparada -por ejemplo, la francesa- la utilización de formas alternativas tiene que ver con la privatización, pluralismo y multiformidad que adquieren los conflictos cuando se debilitan las formas espontáneas de control social y se deterioran los grupos de pertenencia.

III

El arbitraje y la mediación.

Ahora bien. Lo dicho permite afirmar que una política pública de justicia debiera tener como directrices las que paso ahora a enunciar y, en cada caso, a explicar. Me detendré, con todo, en las decisiones de política que, según las estimaciones que explicito, resultan más rentables desde el punto de vista de una política de bienestar asociada a la justicia:

1. Las culturas que muestran bajas tasas de litigiosidad, pueden esconder graves deficiencias en sus políticas de justicia. La chilena, por ejemplo, es una cultura poco litigiosa que muestra una tasa muy deficiente de abogados y jueces por 100.000 habitantes y mecanismos demasiado homogéneos e ineficientes para la resolución de disputas⁵¹. No existe en Chile una correlación adecuada entre conflictividad y formas de resolución institucionalmente previstas. En términos de la sociología, puede afirmarse que nuestro sistema presenta una muy baja complejidad que no se corresponde, en absoluto, con la complejidad del medio en el que se desenvuelve. Razones de costo oportunidad, fundadas en obvias consideraciones provenientes de la economía del bienestar, y razones atingentes a la naturaleza de los conflictos y la diferenciación y complejidad social, obligan a considerar -es lo que he intentado dejar claro en lo que antecede- mecanismos alternativos al jurisdiccional.

2. Esos mecanismos alternativos no son, por su parte, uniformes sino variados y poseen distintas funciones según el tipo de conflicto o el área del ordenamiento al que se pretenda aplicar. Se extienden desde la autotutela a través del mercado hasta formas de jurisdicción delegada como el arbitraje.

3. A la decisión anterior -la de diversificar las formas de tutela- debe sumarse, como digo, todavía otra. Ella tiene que ver con el área del ordenamiento de que se trate. El tema de la tutela de los derechos se plantea, en efecto, de una manera distinta según se trate de cuestiones civiles en un sentido amplio o de cuestiones penales. Estas últimas, las cuestiones penales, suelen tener más directa relación con bienes indisponibles y con las garantías de un estado de derecho democrático, por lo mismo, interesa al estado disponer de un sistema de tutela y juzgamiento garantista. En el área criminal, pues, debe enfatizarse, como es obvio, la tutela jurisdiccional. En el área civil, en cambio, debe diversificarse la oferta de tutela.

En lo que sigue, se analizan algunos de los sistemas alternativos más frecuentes. Por lo pronto, se trata el caso del arbitraje; luego el de la mediación; en fin, se formulan algunas

⁵¹ Sobre el tema de la litigiosidad puede consultarse Blankenburg y Commaille (e), *Disputes and Litigation*, Oñati, 1991.

observaciones generales acerca de el uso de estos sistemas en materia penal. A propósito del arbitraje, se considera especialmente su función económica: la de internalizar externalidades; a propósito de la mediación se considera su mayor adecuación en el tratamiento de conflictos de suma no nula.

La administración de justicia no constituye, como ya insistí, desde el punto de vista económico, un bien público, es decir, un bien que, como el aire o el sol, carezca de rivalidad para su consumo o no presente posibilidad de exclusiones. La justicia no es de aquellos bienes en los cuales el costo marginal inducido por un consumidor adicional es nulo. Cosa distinta, la justicia es un bien privado: por cada sujeto que litiga hay uno o más de uno que quedó excluido de la posibilidad de hacerlo y cada nueva demanda -atendido que el sistema carece de capacidad ociosa- introduce nuevos costos marginales. Todo esto plantea el problema de corregir la función regresiva que, en punto a la distribución del gasto público, suelen provocar los sistemas de administración de justicia. Al analizar la composición del litigio es usual observar grados importantes de homogeneidad que evidencian importantes exclusiones: en Chile, por ejemplo, las fuentes primarias muestran que más del 75% de los litigios en los últimos veinte años equivalen a causas vinculadas al sistema crediticio, lo cual significa, dada la gratuidad de ingreso al sistema, que los excluidos subsidian la litigación de las empresas vinculadas al crédito, o lo que es lo mismo, que el gasto público en justicia se distribuye, aunque no deliberadamente, en términos discriminatorios. Este carácter de los sistemas de administración de justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien. Enfrente de esta característica de los sistemas de administración de justicia se hace necesario, como insistí más arriba, instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar. De esa manera no sólo se introduce una estructura de precios en la litigación -permitiendo así que abandone la disputa el que valora menos el bien litigado y provocándose una ganancia social neta- sino que se corrigen los efectos regresivos que este fenómeno provoca sobre el gasto. Si bien como lo sugieren los estudios de Capeletti y Garth, el sistema de costas puede operar aquí como un sistema correctivo, resulta también de utilidad el arbitraje. El arbitraje, como es obvio, más que un contrato, o un equivalente funcional de la jurisdicción⁵² consiste, técnicamente hablando, en una

⁵² Desde el punto de vista funcional, el arbitraje constituye un equivalente funcional de la jurisdicción (para la noción de equivalente funcional, vid. Merton y Luhmann). Desde el punto de vista económico -que énfasis en el texto- un mecanismo de internalización de costos, o sea, una manera de evitar externalidades negativas.

No son esos, por cierto, los problemas que se han discutido en la dogmática en torno al arbitraje. En la dogmática se ha discutido la naturaleza jurídica de él. Las tesis más usualmente citadas a ese respecto, son las que siguen.

Las tesis privatistas, como es fácil imaginar, equiparan el arbitraje a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas. Hacen pie, principalmente, en el momento inicial del arbitraje: el contrato de compromiso, del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, pueden ellas comprometerla en árbitros.

Las tesis jurisdiccionalistas, por su parte, trazan una analogía entre arbitraje y jurisdicción. Para este grupo de autores, la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad, etc, y que si bien es cierto que los árbitros no ejercen potestas, si que gozan de auctoritas. En general, se pone de relieve la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, entre el laudo y la sentencia. En España, la tradición judicialista se inicia con el *Liber Iudiciorum* (en el Breviario de Alarico predominan los rasgos jurídico-privados sobre los jurisdiccionales), se recoge luego sin

privatización de la misma que internaliza, en los partícipes del conflicto, los costos de la litigación que, de otro modo, se difuminan, con graves efectos regresivos, sobre todos los potenciales litigantes.

El arbitraje es, así, un eficaz mecanismo para internalizar los costos de la justicia.

El derecho comparado permite, todavía, identificar una ventaja adicional de esta forma de resolución de conflictos. En el derecho comparado -y según se mostrará luego- es frecuente el arbitraje corporativo o institucional⁵³. Si bien este tipo de arbitraje surge como una eficiente forma de arbitraje comercial -y sus mayores desarrollos se encuentran a nivel internacional- también es posible, y de ello hay muestras en el derecho comparado, instalarlo como una forma en que la sociedad civil autogestiona sus propios conflictos. Si el estado moderno equivale a un proceso en el que se monopoliza la fuerza, se atribuye coercibilidad al derecho como nota distintiva y se entrega la resolución formal de conflictos a la jurisdicción, este camino -el del arbitraje institucional- permite relativizar ese proceso.

En suma, puede afirmarse que el arbitraje como forma alternativa presenta al menos las siguientes ventajas: en primer lugar, y como se acaba de explicar, el arbitraje permite internalizar en los litigantes los costos del litigio. El arbitraje permite, en efecto, que quien litiga pague por hacerlo; en segundo lugar, el arbitraje procura, al ampliar las mateias de arbitraje forzoso, facilitar las soluciones de mercado. Es probable que el arbitraje tienda, con mayor frecuencia que la jurisdicción ordinaria, a hacer coincidir los óptimos económicos y de justicia; en tercer lugar, el arbitraje constituye una forma indirecta de especialización jurisdiccional, en la medida que las partes, al tiempo de convenir el arbitraje, tenderán a escoger a aquellos sujetos en los que se reúnen las habilidades jurisdiccionales y las destrezas específicas que reclama la contienda; en cuarto lugar, el arbitraje -de la manera que el proyecto lo establece- constituye una manera eficiente de desjudicialización; en quinto lugar, en fin, el arbitraje facilita la autogestión de sus propios conflictos por parte de la sociedad civil.

Tratándose de conflictos cooperativos -o sea, conflictos entre partes destinadas a interactuar inevitablemente en el tiempo y partícipes de un sistema de relaciones que no pueden abandonar- no es el arbitraje lo que presenta mayores ventajas, sin embargo, sino la mediación. Como es sabido, un buen ejemplo de este tipo de conflictos suele ser el conflicto familiar y lo es, a mi juicio,

modificaciones en el Fuero Juzgo, aparece difuminada en el Derecho municipal, Fuero Real, Espéculo y en las Partidas, y tiene proyección en el Derecho de la Codificación. La LAP rompió con esta tradición atribuyéndole rasgos privatistas.(en Iberoamérica también ha predominado la tradición jurisdiccionalista, vgr. Aylwin: "El juicio arbitral", 1958.).

Las tesis intermedias, constatan, simplemente, cómo la institución en comento no se deja atrapar en la horma en que unos y otros intentan reducirla. Y luego de tal constatación, sostienen que la naturaleza jurídica del arbitraje es sui generis, o peculiar. Esta posición importa el fracaso de esta especie de averiguación pues se muestra impotente a la hora de atribuirle un conjunto de normas que la hagan operativa.

La jurisprudencia producida al amparo de la la LAP (ley de 22 de Diciembre de 1953), aunque vacilante, se inclina mayormente por una concepción privatista o contractual del arbitraje. Igual dirección ha tomado la jurisprudencia bajo la égida de la LA (ley de 5 de Diciembre de 1988). La doctrina española reciente, en cambio, se ha inclinado más por otorgarle naturaleza jurisdiccional al arbitraje, así vgr.: MONTERO AROCA, GONZALES MONTES, GOMEZ COLOMER, FONT SERRA, Y RAMOS MENDEZ.

⁵³.- Ver José María Roca Martínez: "El arbitraje y la mediación", Editorial Bosch, Madrid, 1990.

especialmente en Chile, donde las formas alternativas resultan requeridas por la naturaleza del conflicto y no sólo por objetivos de bienestar social.

El aumento de las uniones libres, familias monoparentales y de los nacimientos ilegítimos - todos esos fenómenos que, según lo muestran las fuentes, están acaeciendo en Chile⁵⁴ - implican un cambio en las estructuras familiares. Cuando esos fenómenos ocurren, se verifica una exacerbación de la subjetividad, de manera que, al modo de lo que ocurre en Madame Bovary, la novela de Flaubert, la institución familiar depende preferentemente de las relaciones afectivas entre la pareja lo que incrementa los conflictos familiares.

En materia de familia la búsqueda de alternativas a la jurisdicción ha surgido, en el derecho comparado, principalmente del Estado. Ello se explica porque los procesos de modernización alteran las pautas de movilidad, exacerbando la subjetividad y deterioran los grupos de pertenencia. **Paradójicamente, entonces, los procesos de modernización estatalizan los conflictos.** En una primera etapa, es el caso de Francia, se trató de una "desjuridización" de la vida familiar. Por ejemplo, en el caso del divorcio, la ley deja de regular las causas de disolución del matrimonio para limitarse a regular sus efectos (divorcio por mutuo consentimiento por ley de 1975). Algo de eso ocurre, de facto, en nuestro medio con la ruptura del matrimonio mediante las nulidades. Como es obvio, en nuestro medio la ruptura matrimonial está, de hecho, desjuridizada. La segunda etapa consiste en sustraer del sistema jurisdiccional los conflictos familiares. Esta etapa, poco desarrollada en Francia e inexplorada en Chile, ha consistido principalmente en que la jurisdicción tradicional delega funciones en otras instituciones públicas o que han trabajado largo tiempo en colaboración con el poder judicial. Un buen mecanismo para que ello ocurra es aumentar la complejidad orgánica y procedimental de la judicatura encargada de cuestiones familiares, instituyendo la mediación a cargo de cuerpos profesionales diversos al jurisdiccional.

Aunque el crecimiento de la mediación en las últimas décadas es notable, no existe acuerdo acerca de las ventajas o beneficios que esta forma de resolver conflictos acarrea⁵⁵. Se han esgrimido como razones en favor de la mediación razones de eficiencia y se ha destacado, entonces, a la mediación como una herramienta destinada a aliviar la congestión judicial por la vía de hacer más heterogénea y diferenciada la oferta de tutela por parte del Estado. Se ha destacado, también, la mayor aptitud de la mediación para hacer partícipe a la comunidad en la búsqueda de acuerdos equitativos. Otros, se han ocupado de destacar los peligros que la mediación conlleva y han llamado la atención acerca del hecho que, dada la informalidad en que se desenvuelve, tiende a aumentar los desequilibrios de poder y a aumentar las posibilidades de coerción del fuerte sobre el débil. En fin -y es ésta la tesis que parece más plausible y que han defendido tangencialmente autores como Habermas- se ha defendido a la mediación como una forma socialmente más adecuada de resolver conflictos en la medida que este sistema atiende al contexto biográfico en que el conflicto se desenvuelve, concibiéndolo, además, como un proceso interactivo.

Contrariamente al sistema jurisdiccional, y como es sabido, la mediación intenta asociar a las partes en la búsqueda de una solución al conflicto, poniendo en paréntesis la adscripción de responsabilidades para, en cambio, concentrar los esfuerzos en restablecer los canales de comunicación, poniendo, así, a las partes, en condiciones de superar el dilema del prisionero en que,

⁵⁴.- Vid. Informe Comisión Nacional de la Familia, Santiago: Sernam, 1994.

⁵⁵ Vid., sobre el punto, Baruch Bush y Folger La Promesa de Mediación, Barcelona: Granica, 1996; Moore, C. El Proceso de Mediación, Barcelona: Granica, 1995.

según vimos, se encuentran⁵⁶. Se facilita de esa manera el logro de soluciones cooperativas que poseen menos riesgo de defección o transgresión, se aumenta la satisfacción y la autoestima de las partes y se favorece el cumplimiento de la solución alcanzada: estudios practicados en Canadá demuestran que en los casos de mediación, en materia de tuición, 47% de ellos terminaron en tuición compartida, mientras en el sistema jurisdiccional, que también admite esta solución, sólo un 5% llegaron a ella; asimismo, y siempre tratándose de Canadá, el 80% de los usuarios se declaran satisfechos con ese tipo de procedimiento, mientras que en USA ese porcentaje alcanza a un 78% de los partícipes en una mediación enfrente de, nada más, un 47% de los involucrados en un proceso estrictamente jurisdiccional de adjudicación. En fin, en Canadá las soluciones mediadas alcanzan un 97% de cumplimiento espontáneo, mientras que ese porcentaje es de sólo un 60% en las soluciones jurisdiccionales⁵⁷. En el caso de Chile, al no existir mecanismos de mediación formales, no es posible indagar directamente en esos indicadores. Un estudio practicado en una muestra dirigida de trescientos expedientes en seis juzgados de menores de Santiago⁵⁸ arrojó un 76.7% de soluciones autocompositivas bilaterales, es decir, y generalizando un poco, más de las tres cuartas partes de la actividad de los tribunales de menores en Santiago, se dedican a actividades de mediación que se traducen en avenimientos o transacciones. Estudios de percepción en sectores pobres de la región metropolitana muestran, al mismo tiempo, como la justicia mejor evaluada y que produce mayores índices de satisfacción a la justicia de menores⁵⁹, o sea, en los hechos, a la justicia "dulce" no jurisdiccional. Todo ello, no obstante, que el análisis estadístico sobre fuentes secundarias no permite acreditar menor duración entre el proceso estrictamente jurisdiccional y la solución autocompositiva que podría, como es obvio, haber introducido un sesgo en esa evaluación. Lo que parece seguro, sin embargo, es que hay factores asociados a la justicia de menores en Chile -que también se asocian a la búsqueda mediada- que favorecen su buena evaluación: hay menos presencia de abogados, mayor intervención de personal con entrenamiento terapéutico, menor formalización, mayor oralidad, etcétera, factores todos, como digo, mayoritariamente presentes en procesos de mediación.

Existen, todavía, otros motivos que, desde el punto de vista de una política de justicia socialmente adecuada, tienden a favorecer la mediación.

En efecto, como es sabido el Estado Social -que, aunque de una manera tímida ha estado presente en la región latinoamericana y lusitana; pero muy presente en las zonas de mayor desarrollo- ha tendido, o tiende, a juridificar y a judicializar los medios de asistencia y protección. Esto es especialmente relevante en los países de la subregión latinoamericana con las legislaciones de menores, pero aún sigue estando presente, incluso, en las políticas subyacentes a algunas de las reformas legales en actual curso. Esta juridificación y judicialización de los medios de asistencia a los grupos más vulnerables, muestra, sin embargo, varias deficiencias que urge investigar a fin de, si es necesario, encaminarse a la modificación de las políticas en esta parte.

⁵⁶ En anexo, se discuten algunos de los dilemas teóricos que ha planteado la mediación en lo relativo a variables como la asimetría informativa en que se encuentran las partes y las características específicas de ciertos conflictos, como el familiar.

⁵⁷ Bonafe- Schmitt, Contentieux Familial et Mediation. Une Comparaison Internationale, en: Disputes and Litigation, ob. cit. p.105. ⁵⁷

⁵⁸ Investigación no publicada de los Profesores Cerda y De la Fuente.

⁵⁹ Correa y Barros (editores), Justicia y Marginalidad. Percepción de los pobres. Resultados y Análisis de un Estudio Empírico, Santiago: CPU, 1993.

Por lo pronto -y como lo pone de manifiesto una abundante información- la judicialización de los medios con que el estado brinda protección y tutela en los casos de conflicto o de carencia, extiende hacia los grupos vulnerables una zona del estado -la jurisdiccional- que es tradicionalmente deficiente y que, por múltiples motivos, parece no ser capaz de hacer frente a la explosión del litigio que experimentan en el mundo los sistemas jurisdiccionales. Hay, pues, razones atingentes a la economía del bienestar que han de conducir a hacer más heterogénea las formas de intervención estatal.

A ello han de sumarse, todavía, razones que atingen a la naturaleza del contencioso infantil o familiar. En términos generales, y como se ha afirmado con insistencia en múltiples estudios, la definición puramente adversarial de la mayor parte de los sistemas de administración de justicia se muestra inadecuada para los conflictos que, como los de familia, son de suma no nula. Como es suficientemente conocido, estos procesos reclaman, más bien, soluciones cooperativas. En fin -y como ha insistido Habermas⁶⁰ la excesiva juridificación y judicialización del derecho de familia y de la infancia, obliga a violentar formas de vida y experiencias biográficas para las cuales la categorización meramente jurídica y adversarial resulta inadecuada. La solución jurídica y adversarial exige categorizar los conflictos violentando su contenido biográfico -su vinculación con el mundo de la vida. La mediación, en cambio, facilita recuperar, y tomar en cuenta, el contexto vital en que surge el conflicto y las variables que lo sustentan.

Hay, pues, razones, para explorar, en el ámbito de las políticas hacia la infancia y la familia, mecanismos alternativos al jurisdiccional y el uso de formas no adversariales para la intervención estatal en los problemas de la infancia. Esto supone examinar políticas de la infancia que deleguen la intervención en la sociedad civil y que se enmarquen en una política de justicia socialmente adecuada y que, desde el punto de vista de los medios que ofrece, sea más heterogénea.

Así como hay razones económicas para promover ampliamente el arbitraje en sectores ricos y en conflictos individuales en los que se movilizan intereses corporativos -en lo fundamental, la internalización en un sistema de precios, del costo del litigio que, como se vió está parcialmente subsidiado en Chile- así, también, hay poderosas razones para promover la mediación en algunos conflictos de familia y la desjuridización en otros. Con todo, y supuesto que se adopte esa como decisión de política, surgen algunos dilemas y variables, de cara al diseño de la mediación, que se hace necesario considerar.

Las comparaciones internacionales sobre contienda familiar y mediación, muestran que la introducción de esta forma alternativa provoca algunos procesos sociales dignos de tener en cuenta. Por lo pronto, surge el problema de establecer **qué carácter específico ha de poseer la profesionalización del mediador**. Son frecuentes, en esta parte, los conflictos corporativos entre abogados, por una parte, y asistentes sociales y psicólogos, por la otra. Como es obvio, en Chile ese conflicto se planteará también con una gran intensidad corporativa y, sin duda, suscitará celos de parte de los jueces. De otra parte, resulta inevitable que la profesionalización del mediador conduzca al control del mercado, al surgimiento de corporaciones que certifican la aptitud del mediador y, en fin, que acaban, dentro de ciertos límites, rutinizando el carisma que, en sus inicios, posee esta actividad.

Fuera de esos procesos sociales asociados, existen algunas alternativas generales entre las que se hace necesario optar, a saber, **es necesario decidir por la mediación en el curso del proceso o por la mediación como una alternativa a ese proceso y, en cualquier caso, hay que decidir**

⁶⁰ Habermas, Teoría de la Acción Comunicativa, Madrid: Taurus, 1988, tomo II, páginas 502-503.

respecto de qué asuntos se adopta uno u otro camino. Las experiencias comparadas parecen mostrar que respecto de lo que se denomina el "contencioso de masas" resulta útil la mediación como alternativa genuina. Respecto de asuntos familiares -donde la calidad de bien público del asunto es mayor- parece más apropiada la mediación en el curso del proceso. Igualmente, el acceso directo a la mediación debe favorecerse en el primer caso y el acceso indirecto en el segundo. Igualmente, en mi opinión, ha de preferirse un mediador profesional, no necesariamente abogado, para cuestiones que revistan el carácter de bien público y un modelo comunitario para el contencioso de masas o cotidiano, donde, de otra parte, puede ser un sustituto funcionalmente adecuado para la justicia vecinal. En fin, me parece que, dadas las características de la cultura jurídica en Chile, debe revestirse a todo proceso de mediación de legitimidad jurídica.

Un caso especialmente anómalo es, en Chile, de cara a los sistemas alternativos, el problema penal. En Chile, como es sabido, el circuito penal es gravemente discriminatorio, ineficiente y poco garantista.

A ello se agrega que el proceso penal corresponde al modelo inquisitivo del estado indiano. Concepciones peligrosistas de los operadores jurídicos, de otra parte, contribuyen a configurar un proceso autoritario y, como lo muestra la evidencia disponible, socialmente inadecuado. Enfrente de cuestiones penales, pues, más que introducir formas alternativas, se requiere modificar el proceso para, sobre la base de esa modificación, dar lugar a esas formas alternativas. Al modificarlo debiera abandonarse la obligatoriedad de la persecución penal para, en cambio, introducir criterios de oportunidad fundados en consideraciones político criminales. Como es obvio, y lo ponen de manifiesto múltiples estudios, todo proceso penal es selectivo y, en consecuencia, de lo que se trata es de hacerlo consciente y deliberadamente selectivo a fin de adecuar político criminalmente la utilización del instrumento penal. Igualmente, y además de considerar la inclusión de ese principio de oportunidad, ha de considerarse también la suspensión del proceso penal a prueba dando así lugar a la posibilidad que el procesado, satisfaciendo ciertas condiciones impuestas por el órgano jurisdiccional, satisfaga a las víctimas y, por esa vía extinga la acción penal. En fin, ha de considerarse todavía la posibilidad del principio de autonomía en delitos de baja entidad que permitan acuerdos entre la víctima y el victimario, despejando así el instrumento penal para su utilización en delitos de más alta lesividad. De lo que se trata, mediante la aplicación de estos tres principios que acabo de enunciar -y que podrían dar lugar a formas de mediación con participación, incluso, del ministerio público, al modo en que lo permite la ley italiana, por ejemplo- es de concebir el instrumento penal como última ratio en un estado democrático.