

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Felipe Polanco Zamora¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Los métodos alternativos de solución de controversias en el anteproyecto de Código Procesal Civil; III. Estudio de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el Derecho Comparado; IV. Nociones generales sobre las fórmulas autocompositivas; V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Se nos ha solicitado, con el fin de iniciar un largo proceso de estudio del que debiese llegar a ser el Código Procesal Civil, el preparar una serie de pequeños artículos sobre temas de interés del proyecto, correspondiéndome abordar los aspectos relativos a las soluciones alternativas de controversias desde la óptica del mencionado proyecto.

Probablemente, ante el éxito de las denominadas salidas alternativas en el proceso penal, que, junto a los mecanismos de selectividad, han evitado el colapso del sistema de enjuiciamiento criminal, es necesario abordar eficazmente la concepción de estas salidas, teniendo presente en primer lugar la naturaleza de los bienes que están presentes en los litigios civiles, esencialmente disponibles, salvo algunas excepciones.

Tengamos presente que, según estadísticas del poder judicial², durante el transcurso del año 2007, ingresaron a cada uno los Tribunales Civiles de Santiago poco más de 28.500 causas, cuestión que si proyectamos en el tiempo y no relacionamos adecuadamente con estas salidas alternativas negociadas, podría implicar el colapso de nuestro sistema judicial: He aquí la importancia de su adecuada implementación.

Sabemos que para la ordenación de la sociedad y de sus límites, se crean diversas normas, de carácter religioso, moral, de convivencia, de etiqueta, etc., entre las cuales se incluyen por cierto las normas jurídicas.

Y es también un hecho conocido que como consecuencia de la inobservancia de estas normas suelen surgir una serie de conflictos, de variada índole.

Estos conflictos, en lo que nos interesa para estas breves líneas, pueden ser de dos clases, siendo la primera de ellas las de conflictos sin relevancia jurídica y la segunda, de aquellos con relevancia jurídica.

¹ Abogado. Profesor Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico polanco.felipe@gmail.com

² <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estadisticas.php>

Los que carecen de relevancia jurídica son aquellos que se generan cuando no conllevan una infracción al derecho, sino solo a normas de otro carácter, como morales, de convivencia, etc.

Los que tienen relevancia jurídica son precisamente aquellos que se producen cuando un sujeto, a través de una acción o de una omisión, produce un quebrantamiento del ordenamiento jurídico, o mejor dicho, de una norma reguladora de su conducta, sea imperativa, prohibitiva o permisiva, y hablamos entonces de litigio.

Así, el litigio, puede ser definido como “el conflicto intersubjetivo de intereses, jurídicamente trascendente, reglado por el derecho objetivo y caracterizado por la existencia de una pretensión resistida”.³

El tema que nos ocupa dice relación con la forma en que han de resolverse lícitamente los conflictos, superada, aunque no del todo, la auto-tutela y entendiendo a la jurisdicción como un mecanismo *por defecto* de solución de conflictos.

Decíamos que la auto-tutela o autodefensa, constituye sin dudas la más primitiva de las fórmulas de solución de controversias y se caracteriza por una solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en el mismo conflicto una situación hegemónica. “Consiste en la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias”.⁴ Representa el imperio de la ley del más fuerte y se caracteriza por la imposición coactiva de la decisión por parte de una de ellas, siendo indiferente que la solución se adopte a través de un procedimiento establecido anteriormente. Es propia de las comunidades o sociedades en ciernes, como en el ámbito del derecho internacional, sin perjuicio de manifestaciones menores en el ámbito del derecho interno.

Con el tiempo, atendidos los excesos que significaba, se han ido creando una serie de limitaciones para la auto tutela, como por ejemplo, la ley del talión (que implicaba un límite a la reacción) y, siempre en el ámbito del derecho internacional, la prohibición de ciertas armas (nucleares).

II. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Lo que hemos dicho hasta este momento, justifica la adecuada regulación de estas fórmulas *colaborativas* de solución de controversias, que se caracterizan porque las partes, de diversas maneras y aun por medio de ciertas maneras *indirectas* (como cuando someten el

³ Francisco Hoyos H., “Temas Fundamentales del derecho Procesal”, Ed. Jurídica de Chile, 1987.

⁴ Eduardo Cotoure, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones de Palma, Buenos Aires.

conocimiento del asunto a un árbitro) alcanzan un entendimiento que pasa a ser un equivalente jurisdiccional, componiendo o solucionando la litis.

Lo importante es en primer término destacar la manera en que se ha tratado este tema en el proyecto del Código Procesal Civil, para ver si, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras materias, como en el ámbito de los Tribunales de Familia, puede llegar a ser un verdadero apoyo a la solución de conflictos o se convierten simplemente en un trámite más que solo supone demoras.

La presentación del anteproyecto nos da, desde un inicio, una idea de la forma en que se abordarán estos mecanismos tan necesarios, al señalar que *“no se han regulado los mecanismo de solución alternativa de conflictos y el arbitraje, las que deben ser materias a considerar en otro u otros proyectos de ley. Con ello esperamos que se resalte la importancia que revisten los mecanismos de solución alternativa de conflictos que conduzcan a concebir la existencia del proceso civil oral como ultima ratio, al cual debemos recurrir sólo en la medida en que las partes hayan reconocido su incapacidad e ineficiencia de resolver el conflicto por sí mismas”*.⁵

Así, en mi parecer, se reconoce lo que sosteníamos más arriba, en orden a destacar la trascendencia de estos mecanismos para evitar el colapso de la justicia civil; pero también la dificultad en su regulación al tratarse muchas veces de normas de orden no estrictamente procesal que un anteproyecto de este carácter malamente puede abordar.

Con todo, ciertas referencias a estas salidas alternativas inevitablemente se contienen en el proyecto, que conviene destacar, para una aproximación a ellas.

Ya el artículo primero señala:

Artículo 1º. Auto tutela y Auto composición.

No es lícito recurrir a la fuerza para la protección de los derechos, salvo en los casos expresamente admitidos por la ley.

Las partes podrán precaver o poner término a todo conflicto de común acuerdo, tanto dentro como fuera del proceso, con o sin la asistencia de un tercero, en la medida que se trate de derechos disponibles.

Las partes podrán convenir en acudir a un árbitro para la solución de un conflicto, salvo norma legal expresa en contrario.

Con ello, los autores del anteproyecto no hacen sino introducir en este sistema expresamente una antigua solución para determinar la procedencia de estas soluciones, cuando se trata de bienes jurídicos disponibles, por oposición a aquellos de “orden público”. Así, el procedimiento, cualquiera que éste sea, dentro de las gamas que considera el proyecto -ordinario, sumario, monitorio- es de aplicación por defecto de la existencia de un enten-

⁵ Anteproyecto del Código Procesal Civil. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. De www.minjusticia.cl

dimiento entre las partes, el que puede lograrse en carácter de extra procesal o procesal, de manera asistida o no asistida, conforme a la usanza más tradicional.

Lo anterior, es concordante no solo con el art. 12° del Código Civil, en cuanto a la renuncia de los derechos, sino también, en igual sentido, con la norma del art. 5° del proyecto, cuando señala que tanto la iniciación del proceso como la introducción de las pretensiones y excepciones incumbe a las partes, de tal suerte que el Tribunal sólo podrá actuar de oficio y pronunciarse sobre pretensiones y excepciones que no se hubieren hecho valer por las partes cuando la ley lo faculte expresamente. Corolario necesario de ello es que las partes podrán disponer de sus derechos, salvo que ellos fueren indisponibles por mandato de la ley, y terminar, unilateralmente o de común acuerdo, el proceso pendiente en la forma prevista en la ley.

Más adelante, en el ámbito ya de los procedimientos y en especial, dentro de las normas del juicio ordinario declarativo, la audiencia preliminar tiene por objeto, a más de la ratificación de los escritos fundamentales del período de discusión, es decir, demanda, contestación, demanda reconvenional y contestación reconvenional, el llamado de las partes a conciliación, una de las formas de autocomposición bilaterales, judiciales y asistidas de antigua data entre nosotros.⁶

Su tratamiento es sumamente exiguo y solo se deja constancia que este llamamiento es total o parcial y que puede referirse a todos o a solo algunos de los puntos controvertidos. Se deja de lado, en consecuencia, la regulación más detallada que se hacía de este instituto en el Código de Procedimiento Civil, en que recordemos es un trámite necesario en primer o única instancia, cuya omisión podía generar la nulidad del procedimiento. Nada de eso ocurre en este proyecto, lo cual, atendidos los principios que le inspiran y lo que ha sido la práctica en esta materia, no necesariamente es incorrecto. La única relevancia que se le asigna, a simple vista, es que solo se dictará la audiencia que cita a juicio en la medida en que no se alcance una conciliación y aún en ese evento, desde luego, cuando ella sólo sea parcial.

Otra medio autocompositivo con reconocimiento en el proyecto es el avenimiento, que si bien no es definido antes, constituye uno de los títulos ejecutivos que por ley permiten iniciar el juicio ejecutivo de que tratan los artículos 395 N° 3 del proyecto, en términos idénticos a los del actual 434 N° 3 del Código de Procedimiento Civil.

No hay otros medios autocompositivos referidos en el proyecto, siguiendo, como se ha señalado, los principios y límites que el propio proyecto reconoce.

III. ESTUDIO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Con todo, este escaso tratamiento que se efectúa en el proyecto, no es casual, sino por el contrario, es una opción.

⁶ Recordar arts. 262 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

Ya hemos destacado la relevancia de este mecanismo y dentro de los estudios necesarios para el proyecto, se realizó un trabajo acabado sobre esta materia por el profesor Raúl Núñez Ojeda⁷, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, en cuyo texto se funda el siguiente apartado.

Señala en la introducción que “frente al aumento de los asuntos ante la jurisdicción y ante la imposibilidad de que el sistema público de adjudicación asuma toda la demanda, se ha abierto un camino hacia la utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional como cauce complementario o bien previo a aquella; medios que tratan de dar respuesta a los problemas que día a día se les plantean a los tribunales ordinarios, que no tienen capacidad, mecanismos de coordinación ni la rapidez adecuada para dar respuesta al problema”.

“Hoy, cuando a nadie escapa que nos hallamos ante lo que desde diversos foros y posiciones ideológicas y políticas se viene denominando como crisis de la administración de justicia, vivimos en el resurgir de estas y otras vías de solución de los conflictos que rompen con el esquema procesal científico delimitado”.

El mencionado estudio, relativo principalmente a tres mecanismos precisos de soluciones alternativas de conflictos, a saber, la negociación, la mediación y la conciliación, es un estudio empírico de las realidades en el sistema procesal español, anglosajón, alemán, italiano y francés.

A partir de estas realidades, el destacado profesor, miembro del foro para la elaboración del proyecto de código procesal civil, esboza un estatuto para la mediación y la conciliación.

A este respecto, se destacan las ventajas que este sistema ha presentado, especialmente en el sistema anglosajón, las que estima pertinentes reproducir en nuestro país. A grandes rasgos la propuesta incluye en primer lugar, la definición de mediación como “aquel proceso de resolución de disputas en el cual un tercero neutral, llamado mediador, facilita la comunicación y negociación entre las partes para que estas logren llegar a un acuerdo voluntario y mutuamente aceptable que ponga fin a la disputa”. Se caracterizaría por ser un proceso no adversarial, rápido, informal pero con cierta estructura, confidencial y voluntario, recayendo siempre el poder de decisión en las partes de el proceso y nunca en las manos del mediador.

Estos principios de la mediación, desarrollados por este autor, se aplicarían también, en lo pertinente, a la mediación intraprocesal, que es aquella a la que serían invitadas las partes por el juez en cualquier estado del proceso, tratándose de materias que admitan una disposición de los bienes jurídicos comprometidos.

⁷ Núñez Ojeda, Raúl. “Negociación, Mediación y Conciliación Como Métodos Alternativos de Solución de Controversias”. Ediciones Jurídicas de Santiago, enero de 2009.

Caso aparte es el de la mediación que conduce el propio juez en el proceso, durante la etapa de preparación del juicio, bajo el título de conciliación.

Concordando con el criterio sustentado, la verdad es que en mi parecer las cuestiones que deben determinarse son esencialmente dos: primero, cómo estimulamos la existencia de estos mecanismos de solución y, segundo, si en realidad, deseamos estimularlos.

Ello, pues parece que cuando se han implementado mecanismos propios del derecho procesal que tiendan a potenciar estas salidas, ellas han redundado en fracaso. Probablemente, por la naturaleza propia del derecho procesal y de las ritualidades de los procesos, íntimamente vinculadas a la existencia de plazos y formas más bien rígidas.

Nuestras experiencias más cercanas en esta materia son aquellas que contemplan la conciliación como obligatoria en el proceso civil y la mediación, en ciertos asuntos, ante los tribunales de familia.

En materia procesal penal el estímulo para el éxito de las salidas alternativas viene dado principalmente por la amenaza del empleo de la herramienta penal en toda su magnitud y, finalmente, por la imposición de la pena, poderosa motivación de los imputados para aceptar acuerdos reparatorios o suspensiones condicionales del procedimiento que, con todo, suelen no dejar contentos a todos los intervinientes del proceso, por lo que más parecen imponerse por razones de política criminal que de estricta persecución penal o protección de las víctimas.

Pero tales estímulos, en materia civil, no existen y es probablemente esto lo que, sumado a la excesiva tardanza de los procesos judiciales actuales, desincentiva el alcanzar un entendimiento, de tal suerte que estos trámites en la actualidad no dejan de ser entendidos como meras dilaciones en los procesos, raramente con resultados favorables.

Así las cosas, me inclino a pensar que, sin perjuicio de ser altamente aconsejable el regular estos institutos para cuando las partes decidan acceder a ellos, no me parece prudente contemplarlos formalmente en los procedimientos, salvo como parte integrante de audiencias o trámites citados principalmente con otros efectos, como ocurre ahora en el proyecto que comentamos, con relación a la audiencia preparatoria. En lo demás, parece que es aconsejable que opere la autonomía de la voluntad, convirtiéndose la celeridad y eficacia del proceso civil en el principal estímulo para evitar el juicio y alcanzar estos entendimientos.

IV. NOCIONES GENERALES SOBRE LAS FÓRMULAS AUTOCOMPOSITIVAS

La autocomposición constituye un método lícito para la solución de los conflictos por las partes, en los que dada su naturaleza disponible y la vigencia del principio dispositivo, a nadie se le obliga a concurrir a los tribunales en defensa de su derecho.

Desde el punto de vista de su relación con el proceso, la autocomposición se clasifica en:

- a) Extra-procesal o pre-procesal: La que se produce fuera del proceso, y aun antes de su iniciación.
- b) Intra-procesal: La que se produce durante el juicio, sea por iniciativa de las partes (avenimiento) o por iniciativa del tribunal (conciliación). Esa tiene la particularidad de requerir una resolución judicial que la aprueba, aunque no es una resolución del conflicto o proceso, sino una mera homologación. Por medio de ella, el avenimiento o conciliación adquiere imperatividad.
- c) Pos-procesal: Es aquella que se verifica en el período que va entre la sentencia y su completa ejecución.

Desde el punto de vista de la concurrencia de las partes para generar la autocomposición, se clasifica en bilateral o unilateral, en cuanto ella es consecuencia de una conducta desplegada por una de las partes o por ambas.

Para que las partes puedan llegar a una solución autocompositiva se requiere que las partes puedan disponer de la pretensión o de sus derechos, es decir, se trate de asuntos que miren al exclusivo interés de sus titulares, toda vez que si se trata de asuntos de orden público o cuya renuncia esté prohibida, debe necesariamente recurrirse al proceso como fórmula de solución de las controversias.

A. Formas Unilaterales

La Renuncia

Es siempre posible que el demandante o actor, o quien haya deducido una demanda reconvenional renuncie a la pretensión que en ellas se contiene. El art. 12 del Código Civil autoriza la renuncia a los derechos conferidos por las leyes con tal que miren al interés individual y su renuncia no esté prohibida.

Otro tanto ocurre en el proceso penal. El art. 56 del Código Procesal Penal señala que la acción penal pública no se extingue por la renuncia de sus titulares. Esto no significa que la acción penal pública no pueda renunciarse; quiere decir únicamente que la renuncia implica que solo el ofendido que la ha renunciado y sus sucesores no podrán ejercerla; pero no afecta a otros titulares de la acción que reúnan los requisitos de tales

Una situación especial es la del Código Procesal Penal (Art. 170), que contempla el denominado principio de oportunidad, por el cual los Fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que no comprometa gravemente el interés público y la pena signada al delito no sea mayor que la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

También hay un caso de renuncia tácita al ejercicio de la acción penal privada que se produce cuando el querellante deduce previa y solamente la acción civil derivada del hecho.

Una última situación relativa a la renuncia es el perdón del ofendido, que de conformidad a lo señalado en el artículo 93 No. 5 del Código Penal extingue la responsabilidad criminal en el caso de delitos de acción penal privada.

El Desistimiento

Una vez que se ha hecho valer por el actor la pretensión contenida en la demanda, no procede la renuncia de la demanda, sino que procede el desistimiento.

Ello es expresamente recogido en el proyecto, artículo 163, a diferencia de lo que ocurría en el Código de Procedimiento Civil, que permitía el “retiro material” de la misma, mientras no fuere notificada.

En el proyecto se impone necesariamente el desistimiento de la demanda, como incidente especial, en términos análogos a aquellos actuales.

Así planteada, el desistimiento es un acto jurídico unilateral del actor que no requiere aceptación del demandado, sin perjuicio de su derecho a oponerse a que sea aceptado.

En el proceso penal, el querellante puede desistirse de la acción pública; pero este desistimiento no implica extinción del procedimiento: solo implica que el querellante deja de ser parte activa en el proceso (art. 118 del NCPP), sin perjuicio de quedar obligado a comparecer al proceso y de presentarse a los actos del proceso y de la responsabilidad penal que le pudiere afectar por el ejercicio de esa acción penal.

En cuanto al Ministerio Público, en el NCPP, el Ministerio Público puede desistirse (Principio de oportunidad).

En cuanto a la acción penal privada, el desistimiento del querellante, produce la extinción de la acción penal y la conclusión del proceso.

El Allanamiento

Consiste en una manifestación de voluntad por parte del demandado por el cual reconoce y se somete a la satisfacción de la pretensión hecha valer en su contra por el actor.

El proyecto de Código Procesal Civil se refiere a esta institución en el artículo 257°, al señalar que “El demandado podrá allanarse a la demanda en su contestación, o con posterioridad en la audiencia preliminar, reconociendo los fundamentos de la demanda y aceptando la pretensión. En este caso, el tribunal deberá dictar sentencia de inmediato, sin necesidad de prueba ni de ningún otro trámite. Corresponderá, por el contrario, seguir los trámites del proceso respectivo, si la cuestión planteada es de orden público, si se tratare de

derechos indisponibles, o si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados sólo por la declaración de parte”.

Se reconocen así los principios que desde siempre han informado la institución del allanamiento, con consecuencias similares a aquellas que se contemplaban en el añoso código de enjuiciamiento civil.

En materia penal, no es posible la hipótesis del allanamiento a un juicio oral, pues si existe tal voluntad del imputado, debe procederse al juicio abreviado (Art. 406 NCPP), en la medida que la magnitud de la pena lo permita.

B. Formas Bilaterales

La Transacción

Es un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y no asistido, destinado a precaver un litigio eventual o a poner término a un litigio pendiente, haciéndose las partes concesiones recíprocas.

El Art. 2446 del Código Civil señala que: *La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.* (La doctrina agrega “efectuar concesiones recíprocas”, pues no es transacción la que consiste en la mera renuncia de un derecho).

A través de ella se pretende precaver un litigio eventual, esto es, resolver un litigio antes de llegar al proceso, o bien de poner término a un litigio pendiente, esto es, una vez iniciado el proceso.⁸ No existe la asistencia de un tercero, y se caracteriza por ser un contrato, regulado en lo sustancial por el Código Civil.

El Avenimiento

Es el acuerdo, convención procesal, que logran directamente las partes de un proceso en virtud del cual le ponen término a su conflicto pendiente de resolución judicial, expresándolo así al tribunal que está conociendo de la causa⁹. Es consustancial a la existencia del proceso, pues siempre ha de poner término a un litigio pendiente.

La Conciliación

Es un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo. Ya nos hemos referido a su tratamiento tanto en el Código de Procedimiento Civil, como en el proyecto.

⁸ El litigio es esencial a la transacción. El inciso segundo del artículo 2446 del CC, señala que no es transacción la mera renuncia de un derecho que no se disputa.

⁹ Juan Colombo Campbell, La Jurisdicción en el Derecho Chileno.

CONCLUSIONES

Pensamos que el proyecto, acertadamente, desde el punto de vista que hemos tomado, no regula de mayor manera estas formas de solución; principalmente por dos motivos.

El primero, porque las fórmulas de potenciar su aplicación en los procedimientos escapa naturalmente al frío terreno de un código de procedimiento, debiendo relacionarse más con la rapidez y eficacia del proceso que con estímulos paternalistas.

El segundo, porque el marco regulatorio que debe existir es, como consecuencia también de lo anterior, extraño al ámbito procesal, debiendo nuestra disciplina, quizás, preocuparse de sus efectos procesales antes que de las formas en que pueden obtenerse.

Espero que esta visión somera de este asunto particular del proyecto pueda resultar de utilidad para aquellos que se acerquen al estudio de este proyecto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Anteproyecto del Código Procesal Civil. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. De www.minjusticia.cl
- Colombo Campbell, Juan. La Jurisdicción en el Derecho Chileno.
- Cotoure, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones de Palma, Buenos Aires.
- Hoyos H., Francisco. “Temas Fundamentales del derecho Procesal”, Ed. Jurídica de Chile, 1987.
- Núñez Ojeda, Raúl. “Negociación, Mediación y Conciliación Como Métodos Alternativos de Solución de Controversias”. Ediciones Jurídicas de Santiago. Enero de 2009.
- Poder Judicial de Chile www.poderjudicial.cl