



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

Taller I

Early Neutral Evaluation

Autor: Felipe Javier Montero Ubilla

Profesor Guía: Jesús Ezurmendia A.

Enero, 2023

Este trabajo está dedicado a las personas que me apoyaron durante todo mi trayecto como estudiante de derecho.

A mi familia

A mis amigas Constanza, Fabiana y en especial Lauri

A mis amigos Pedro, Pancho y Torino

Y a mi profesor guía Jesús Erzumendia

Espero haber desempeñado de lo mejor mi papel. Y de ser así, aplaudan mientras bajo del escenario.

Introducción.....	4
Capítulo I: Los ADR	8
i) ADR Autocompositivos	10
a) Negociación.....	10
b) Transacción.....	16
ii) ADR Heterocompositivos	18
a) Mediación.....	18
b) Arbitraje	20
c) Conciliación.....	25
Capítulo II: ¿Que es el <i>Early Neutral Evaluation</i> ?	29
i) Análisis de su uso.....	35
Capítulo III: Su importancia.....	43
i) Principales medios de aplicación.....	51
Conclusiones	58
Bibliografía.....	65

Introducción

La forma tradicional de buscar resolución para los conflictos jurídicamente relevantes, en que existen pretensiones contrapuestas entre dos o más sujetos (denominados usualmente como litigios), consiste en acudir a los Tribunales de Justicia, ya sean éstos ordinarios o especiales (dependiendo el tipo de sistema), de forma que sea el Estado, en una sociedad organizada, la que otorgue una solución, que resulte adecuada a ellos. Este método de resolución de conflicto recibe la denominación de mecanismo heterocompositivo, ya que la solución viene dada no por los sujetos en conflicto con intereses contrapuestos, sino de un tercero, imparcial, que tras una secuencia lógica, racional y justa de actividades, regida por principios y en el contexto de un proceso con garantías, arriba a aquella que, a su juicio, resuelve dicha litigiosidad., ya sea aplicando el derecho o ciertos principios de equidad, dependiendo del tipo de conflicto y con amplias variaciones según el sistema de que se trate.¹

Este método de resolución de conflictos se erige como uno de los pilares fundamentales de todos los Estados modernos, en que los principios de igualdad ante la ley, bilateralidad, publicidad, independencia, imparcialidad, dentro de otros, constituye un derecho y garantía fundamental, inherente al ser humano, y, por ende, se encuentra tutelada no sólo por normas de carácter interno, sino por tratados internacionales de derechos humanos, que los Estados – dentro de ellos Chile – se obligan a respetar².

Sin embargo, es fácil comprender que no es posible para el Estado entregar soluciones a todas las formas de conflictos que existane en una sociedad, con multiplicidad de partes, intereses, y pretensiones, derivadas de realidades complejas, siendo todas estas características del mundo moderno, Lo anterior deriva no sólo de una cuestión práctica, propia de la imposibilidad de entregar respuestas oportunas y satisfactorias a todas las diversas necesidades, sino al indispensable involucramiento que se requiere de parte de los actores en

¹ DIEZ Picazo, Luis (2008): Experiencias jurídicas y teoría del derecho (Barcelona, Editorial Ariel S.A). 2023.

² Esto se ve reflejado en el hecho que Chile se encuentra suscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos, o el Pacto de San José, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

conflicto, ya que soluciones impuestas no siempre garantizan armonía, estabilidad y permanencia de ellas, principalmente cuando se trata de sociedades que van madurando y sofisticándose en el tiempo, que buscan y necesitan encontrar modos activos y participativos de resolverlos.

Es en este contexto que surgen los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos, tradicionalmente conocidos como MADRDC, o ADR - *alternative dispute resolution* -, por sus siglas en inglés. Éstos métodos o mecanismos buscan constituirse en herramientas que funcionan tanto dentro como fuera del mismo aparato jurisdiccional, y que suplen o complementan el método tradicional heterocompositivo, colaborando y proporcionando soluciones en áreas que o no pueden ser satisfechas por la justicia ordinaria o tradicional, o bien porque entregan respuestas eficientes y eficaces, ya sea por una mayor efectividad en tiempo, costo, funcionamiento, disponibilidad o por mera preferencia de los particulares, en aquellos ámbitos en los cuales pueden ser utilizados. Su objetivo es proporcionarles a las personas un fin a sus conflictos, con el objetivo de tener una existencia pacífica y tranquila en la sociedad.³

Con el notable avance de las sociedades a partir de la segunda mitad del siglo XX y al presente siglo XXI, las implicancias y complicaciones de los sistemas hoy deben mantenerse al mismo paso y ritmo que la conflictividad. Esto aumenta la carga de los sistemas judiciales, lo que dificulta los problemas de los funcionarios, y por efecto, a los ciudadanos.⁴ Es esta necesidad de otorgar mejores soluciones a los ciudadanos lo que derivó a la creación de los ADR en primer lugar⁵, entre ellos en particular el que es objeto de este trabajo.

La importancia de los ADR crece con el paso del tiempo tanto de forma material como práctica. Aun cuando no son el enfoque principal de este trabajo, los llamados “ADR tradicionales”, como se mencionó, tienen especial incidencia en distintos planos, a su vez

³ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *Avenencia o ADRIurgium*, Editorial Tirant Lo Blanche, Madrid, 2013, p. 565.

⁴ CAPPELETTI, M. *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*. *The Modern Law Review*. 56(3), 1993, pp. 282, 283.

⁵ BARONA, S. 2018. *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de los conflictos)*. Valencia. Tirant lo blanch. P. 188.

también en el sistema chileno. Así, antes de la entrada en vigor de la reforma procesal penal, es decir hace poco más de veinte años, y dada la naturaleza inquisitiva del sistema, era impensable pensar en Chile en la utilización de mecanismos alternativos a la sentencia penal⁶. Hasta la creación de los Tribunales de Familia el año 2004⁷, la mediación en algunas de las materias más recurrentes de ese ámbito no era obligatorias⁸. Hoy se encuentra en trámite un proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial⁹. Resulta manifiesto que mientras más avanzan las sociedades, no sólo se requieren formas alternativas, sino colaborativas y participativas de resolución de conflictos, siendo probablemente ineficiente dotar de más y mayores responsabilidades a los tribunales ordinarios y especiales, con el gasto consecuente que ello conlleva, en vez de propiciar mecanismos de resolución tanto contribución, pero también de carácter temprano, es decir, haciendo hincapié también en herramientas que permitan evaluar tempranamente ciertos costos y beneficios de la litigiosidad.¹⁰

Como se dirá, existen diferentes tipos de ADR, y algunos de ellos se mencionarán en el desarrollo de este proyecto. No obstante, la referencia general que se hará a ellos, el ADR central y que motiva este trabajo de investigación es el denominado *Early Neutral Evaluation*, o la Evaluación Neutral Temprana (Previa). Como se dirá, este tipo de método alternativo de resolución de conflictos es distinto a otros existentes actualmente en nuestro país, que se adscribe al modelo continental, y el objeto principal de este trabajo consiste en presentar su fisonomía, comparar y contrastar sus aplicaciones, usos y ventajas respecto de otros ADR utilizados en nuestro sistema.

⁶ HORVITZ, María Inés Lennon, y LÓPEZ, Julián Masle, Derecho Procesal Chileno Tomo I Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 22-25.

⁷ La Ley que crea los Tribunales de Familia, Ley N°19.968, fue publicada el 30 de agosto del año 2004.

⁸ BARRÍA, Pedro y LAGOS, Soledad (2011). Mediación: Una Política Pública para Chile. Ponencia Primer Congreso Judicial: “Por una Propuesta de Justicia para el siglo XXI. Santiago de Chile.

⁹ Proyecto de ley, Boletín N° 14.817-07, mensaje N° 447-369.

¹⁰ GUERRERO, Esquivel, JIMÉNEZ, José Antonio Bautista; ESQUIVEL-SÁNCHEZ, Francisco, José Antonio. La relación entre conflictos y poder Revista de Paz y Conflictos, núm. 2, Universidad de Granada, España, 2009, pp. 6-23.

El ENE surge como iniciativa para acercar las partes en vista de un conflicto, donde primara la negociación y una aproximación menos compleja a la discusión, donde en las etapas iniciales de una disputa legal, un evaluador experto en la materia a tratar realiza un análisis sobre el caso, poniendo especial énfasis en las aristas jurídicas, personales y probatorias del caso, para luego establece bases de acuerdo, donde busca acercar a las partes, promoviendo una comunicación clara y abierta entre ellas, evaluando de forma real y aterrizada un posible desenlace, reflejado en un informe, y de forma verbal ante los interesados.¹¹

El presente tiene como objetivo presentar una definición del método alternativo de resolución de conflictos, con especial énfasis en cuáles son los tipos de conflictos en los que su implementación resultaría más efectiva. En especial, se abordará la diferencia significativa entre el tipo de problemas que el ENE puede enfrentar de mejor manera y con mayor efectividad en comparación con otros ADR ya presentes en el sistema chileno, de lo que derivaría una mejora sustancial que redundaría en beneficio de los usuarios del sistema.

Con una descripción adecuada de lo que son los ADR y el ENE, se procederá a poner especial atención a los elementos y finalidades que caracterizan a este último, respecto a los demás métodos alternativos, ya sea porque engloba o utiliza algunas de sus características fundamentales con igual o mayor efectividad, en ciertos casos, atendida su especialidad o mayor alcance general, así como su versatilidad y efectividad respecto a otras herramientas disponibles en el escenario chileno actual.

Como se dirá, la posible incorporación y aplicación del ENE entrega un nuevo ángulo y enfoque para la resolución de ciertos conflictos, ya que cuenta con características únicas, que favorecen una pronta y eficaz evaluación de ciertos riesgos y costos de litigación. Ahora bien, lo que fundamenta la investigación es la revisión de determinados aspectos que influyen y condicionan la adaptación y aplicación de este mecanismo en la realidad chilena, tanto respecto de su aporte en la descongestión de las causas judiciales, como en especial con su

¹¹ BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation, American Bar Association, Section of Dispute Resolution*, 2012, pp. 2,3, 5.

mejor rendimiento en relación a los costos, tanto económicos y temporales,¹² de conflictos determinados.

Capítulo I: Los ADR

Para exponer lo que es el ENE, ineludiblemente primero nos debemos referir a los ADR en general, el primer aspecto de este trabajo. ADR, siglas en inglés para denominar *Alternative Dispute Resolution*, en español se traduce literalmente como Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, o MASC. Los ADR son definidos por la Universidad de Cornell cómo cualquier método que puede resolver un conflicto fuera del tribunal, o fuera de cualquier aparato gubernamental.¹³ La definición aparece algo escueta, e, incluso eventualmente confusa, ya que, por su vaguedad o generalidad, podría pensarse que en ellos se puede incluir mecanismos de resolución del conflicto como la autotutela, que es altamente penada en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos¹⁴. La misma fuente procede a ahondar un poco más en el concepto estableciendo características comunes a los ADR, cómo lo son el permitir a las partes encontrar vías posibles para solucionar sus disputas fuera de los métodos comunes en los tribunales o Cortes de Justicia, pero donde se emplean otras reglas.¹⁵ Lo anterior, aun cuando mejora, aun así, parece insuficiente, porque no establece una base en común. Mientras que los ADR tienen notables diferencias entre sí (cómo bien señala la Universidad de Cornell), sus similitudes son igualmente claras. Entonces, parece más correcto y podemos definir los ADR como aquellos mecanismos utilizados para la expedita resolución del conflicto, usando métodos distintos al aparato tradicional de justicia, pudiendo ser utilizados fuera, dentro, o de forma paralela al proceso judicial, ya sea

¹² MARQUEZ, C. 2011. La mediación: un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos. Tesis doctoral, departamento de derecho administrativo, financiero y procesal, p. 494, Universidad de Salamanca, España.

¹³ Traducido de *Alternative Dispute Resolution, Legal Information Institute, Cornell Law School*,

¹⁴ DELGADO CASTRO, Jordi; PALOMO VÉLEZ, Diego; DELGADO, Germán, Autotutela, solución adecuada del conflicto y *repossession*: revisión y propuesta, Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 24, núm. 2, 2017, pp. 265-289 Universidad Católica del Norte Coquimbo, Chile.

¹⁵ Idem.

directamente entre las partes o guiada/asistida por un tercero, donde su principal función u objetivo es el término de la disputa, acercando a las partes o estableciendo una base de acuerdo.

Las manifestaciones “alternativas” de resolución de conflictos se encuentran presentes en diversos ámbitos del sistema procesal chileno. Tras la reforma de fines de los años 90, al pasar de un sistema inquisitivo a uno de tipo acusatorio, recogió también mecanismos alternativos de resolución al conflicto penal – es decir a la sentencia penal – en las llamadas “salidas alternativas” de suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Ambos mecanismos judiciales se admiten actualmente al amparo de otro principio fundamental del actual sistema procesal penal chileno, denominado principio de oportunidad, conforme al cual ciertos sujetos disponen de la capacidad, bajo ciertos supuestos y controles, de poner término al proceso penal, Las llamadas “salidas alternativas” permiten la celebración de verdaderos contratos procesales que suspenden o terminan la investigación penal y extinguen la acción penal, evitando la dictación de la sentencia penal, y, por ende, conformándose como una excepción al principio de legalidad que rige prioritariamente en esas materias. Por otro lado, la conciliación es procedente en todo juicio civil donde sea admisible la transacción (salvo algunas excepciones en consideración a la naturaleza especial del tipo de pretensión que se ejerce), y en el que las partes deben ser citadas por el Juez a una audiencia al finalizar la fase de discusión, en la cual es el tribunal quien debe proponer las bases de arreglo. Conforme a la regulación que contienen los artículos 262 del Código de Procedimiento Civil y siguientes, se busca acercar a las partes en caso de que exista una solución alcanzable por las bases de arreglo propuestas por el juez que actúa como “amigable componedor”¹⁶.

Lo anterior permite entender que, teniendo características en común, los ADR operan en ámbitos distintos, sin que corresponda hoy referirse sólo al ámbito civil como aquel en donde aquellos se despliegan, o bien, sin limitarse a los mecanismos tradicionalmente aceptados.

¹⁶ ALLENDE, Pérez de Arce, José Alberto. (2019). Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(1), pp. 255-273.

Entre los principales sub grupos que podemos mencionar, podemos indicar que ellos se dividen de la siguiente forma:

i) ADR Autocompositivos

Dentro de los dos grandes grupos de ADRs, los denominados autocompositivos son aquellos en que las partes son las que se mantienen el control de las bases para la resolución¹⁷, pudiendo apoyarse en la guía o ayuda de un tercero, los que pueden ser uno o varios, y en los que se establece un acuerdo voluntario donde ambas partes quedan satisfechas con las concesiones de ambas para satisfacer sus pretensiones sin comprometerlas.

Dentro de los ADR autocompositivos, se encuentran los siguientes:

a) Negociación

Constituye el más común y básico de los ADR, donde las partes realizan concesiones mutuas para conseguir lo que buscan y quieren, en un proceso de comunicación doble y directa, para establecer cuáles son los intereses compartidos entre ellas, y cuales se encuentran contrapuestos¹⁸ . El principal objetivo de la negociación es encontrar un punto en común entre las partes, que ambas “*se encuentren a medio camino*” entre las pretensiones que sustentan.

En este ADR las partes interactúan de la manera más directa en comparación a otros ADRs. No existe ningún tercero imparcial que supervise el proceso, y son los mismos interesados quienes deciden que es lo que más les conviene. En otras palabras, la característica diferenciadora de la negociación está constituido por la ausencia de cualquier tercero interviniente, siendo las partes en conflicto los actores centrales del mecanismo.¹⁹

¹⁷ SERRANO, Antonio. 2019. Una aproximación a los sistemas alternativos de resolución de conflictos en los Estados Unidos/ Pablo Chico de la Cámara (dir), 2018. Valencia. 2ª ed, pp. 743-747.

¹⁸ R. URY W. & PATTON B. (1993). ¡Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder. Bogotá: Ed. Norma, pp. 3, 15, 17.

¹⁹ Idem, SERRANO, p. 577.

Desde que la negociación tiene de base a dos partes con intereses contrapuestos²⁰, la habilidad y preparación de los negociadores-partes es lo que define y el punto en el que recae el éxito de la negociación, lo que puede considerarse tanto una ventaja, como una desventaja, ya que la carencia de esas “habilidades negociadoras” puede conducir al fracaso de la misma. Es también importante tener presente que para que se llegue a un resultado concreto no es necesario que se presente una idea única, brillante, desproporcionada o magnífica, sino que las partes deben estar conscientes de sus propias posturas y la o las de la contraria. También debe considerarse que las negociaciones pueden no ser resueltas en instancias cortas, sino que la negociación puede requerir un tiempo de desarrollo, variable en sí, pero significativo si el tema es de mayor complejidad y envergadura. Es el rol de los negociadores prepararse lo mejor posible, contar con toda la información necesaria, para que el proceso sea lo más expedito posible sin comprometer la calidad de la negociación, desde el comienzo hasta el final, sin dejar nada al azar o que tenga resultados infructuosos.²¹

Como puede fácilmente advertirse, la negociación implica una gran carga para las partes en conflicto, en que las habilidades negociadoras, la conciencia de la postura propia y la del otro, la buena fe, así como el manejo de información juega un rol fundamental. Cómo se consigue y se maneja la información es el primer paso de la negociación. Luego de ello, se debe exponer con claridad cuáles son los intereses, aspiraciones, controversias, y posturas de las partes. Su preparación debe considerar que el fin de la negociación es la creación de una nueva realidad lo más ventajosa posible para los propios intereses, por medio del intercambio (controlado) de información, mediante el diálogo, y excluyendo la fuerza.

En la negociación se debe evitar la improvisación y controlar la gestión del proceso.²² A esta etapa se la llama Fase Exploratoria. Como su nombre lo indica, esta primera fase consiste

²⁰ Esto refiriéndose a casos comunes, donde son dos las partes en una negociación, pudiendo existir más de dos partes o un número impar de participantes, el ejemplo será del modelo más básico, y, por ende, aplicable a toda situación y pudiendo ser entendido por todos.

²¹ MUNDUATE, L, MARTÍNEZ, J. M. (2003), Conflicto y Negociación. Madrid: Ediciones Pirámide, p. 73.

²² Material de Apoyo Docente, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, Academia Judicial Chile, 2016 pp. 24.
https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/MASC_MATERIAL_DOCENTE.pdf

precisamente en la “exploración”, en la que se realiza un sondeo sobre la información básica (presentada por ambas partes) para seleccionar los puntos más relevantes para el proceso. Una vez escogidos estos elementos, las partes manifiestan sus exigencias correspondientes, en que fundamentan estas exigencias, y que es lo que buscan lograr. Esta fase comienza a plantear los dos grandes dilemas de la negociación: la confianza y honestidad.²³ En consideración a sus elementos y características, esta fase es de vital importancia ya que es en ésta donde se establece si la confianza, honestidad y buena voluntad de las partes es la suficiente para tener una negociación fructífera. Una buena negociación es aquella donde las partes se comunican con la mayor claridad posible, manifestando abiertamente lo que quieren, cómo lo quieren, y porqué lo quieren. Mientras mejor la calidad de la comunicación, mayor son las probabilidades que la negociación sea fructífera.²⁴

La negociación implica siempre un proceso de “obtener y conceder”, proceso en el cual las partes efectúan concesiones respecto de sus posturas. En sí, lo que destaca a la negociación es una acción de “tira y empuje”, donde se presentan ofertas, respuestas a estas, realizando pequeños ajustes a ellas, presentando contraofertas, se cede en algunos puntos, es un “*back and forward*”²⁵. Es un momento dinámico donde las partes salen a relucir sus tácticas correspondientes. En un mundo ideal las concesiones hechas por ambas partes se complementan con lo que ellas han conseguido, dejando a los intervinientes satisfechos con el producto. En sí el resultado depende del tipo de negociación que se lleva a cabo; si la negociación es cooperativa, según los principios que se implementan en la negociación, si es competitiva, dependiendo que tan contrarias y vehementes son las pretensiones de las partes, o basadas en posiciones, o es competitiva o basada en posiciones.²⁶

²³ Idem, p. 24.

²⁴ Ibid.

²⁵ Expresión comúnmente utilizada en inglés para referirse al proceso de negociación, el “tira y empuje”. También es aplicable para cualquier situación donde existan dos partes contrapuestas en sus intereses. Traducido de: <https://www.dictionary.com/browse/back-and-forth#:~:text=A%20back%2Dand%2Dforth%20is,more%20easily%20reach%20a%20compromise>.

²⁶ Idem, FISHER, R., URY W, y PATTON B. (1985). ¡Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder. Bogotá: Ed. Norma, p. 34.

La Negociación Cooperativa corresponde a la búsqueda de un acuerdo dirigido a encontrar las mejores alternativas y posibilidades basado en una negociación con un criterio objetivo. Gracias a este criterio objetivo, se presentan una variedad de posibilidades que uno puede escoger antes de actuar. Al concentrarse directamente en los intereses mutuos, con una buena comunicación se concentra la negociación en el beneficio mutuo, donde se busca un compromiso a largo plazo.²⁷ La Negociación Competitiva es lo contrario a la Cooperativa. Aquella se enfoca en el sometimiento de una de las pretensiones a la otra. Se diferencia de un proceso heterocompositivo en que en este caso las partes se encuentran en posiciones simétricas de poder, entonces, más que una negociación, lo que se presenta es la consecución del objetivo para doblegar a la contraparte.

A la negociación competitiva se le asocian diversas “tácticas sucias”²⁹, dentro de las cuales es conveniente tener presente algunas aquellas mayormente utilizadas:

1. En el proceso de negociación, lo ideal es que las dos partes hayan avanzado de forma equiparable en cada una de las etapas. Sin embargo, al momento de llegar a un acuerdo y tenerlo por escrito, una de las partes puede demorar la fase final al necesitar la asistencia de un tercero para poder acordar los términos definitivos, teniendo así la última palabra. Es una forma de bloqueo a un acuerdo definitivo, con la demora de la decisión final se ejerce una presión en la contraparte, ya que expuso todas sus bases, expectativas y argumentos, básicamente no le quedan cartas que jugar. Al bloquear la decisión final, la parte que utiliza esta jugada puede decidir el punto definitivo que encapsule toda la negociación, pudiendo demorarla el tiempo necesario para que perjudique a la contraparte, o lograr inclinar la balanza a su favor. Es en sí una jugada de mala fe que cierra una negociación que se desarrolló de forma cooperativa.³⁰

²⁷ Idem

²⁹ Material de Apoyo Docente, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, Academia Judicial Chile, 2016,
FISHER, R., URY W, y PATTON B. (1985). ¡Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder. Bogotá: Ed. Norma, p. 14.

³⁰ LAGOS, M. 2017. Resolución de conflictos en Chile a 50 años de la propuesta del sistema multipuertas de Frank Sander. Revista de Derecho Editada por el Consejo de Defensa del Estado (37). p. 117.

2. Al igual que la táctica anterior, se puede impedir la etapa final de la negociación, pero esta vez al amenazar de retirarse de la mesa de negociación, estableciéndose como traba a un acuerdo final, y pudiendo agregar términos extras que no habían sido acordados (o rechazados de forma previa), todo con el objetivo de encontrarse en una posición más favorable. La amenaza de retirarse de la negociación, impidiendo cualquier acuerdo, es a su vez un actuar de mala fe, con la diferencia de la táctica anterior que esta vez no existe un tercero interviniente.³¹

3. Como una combinación de las dos tácticas anteriores, muchas veces una parte puede presionar a la otra a firmar un acuerdo lo más rápido posible, debido a alguna urgencia en la que esa parte requiera una “solución expedita”. La urgencia con la que se solicita un acuerdo puede llevar a conflictos en cuanto a la información transmitida, sin que una de las partes exponga sus argumentos de forma apropiada, y siendo lo ideal llegar a un acuerdo más paritario. Es una forma de presión en la que la balanza de la negociación se inclina con mayor fuerza a la parte que actúa de mala fe.

4. Para entender la siguiente técnica de negociación competitiva, se debe definir el siguiente término: El BATNA, sigla en inglés de *Best Alternative to a Negotiated Settlement*, o MAAN en español, Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado. Esta es una técnica que permite revisar las mejores alternativas de una negociación, con el objetivo de estar preparados ante cualquier posible escenario, y que las partes puedan llegar a un acuerdo lo más beneficioso posible. Al revisar de forma anticipada todas las posibles opciones, se puede optar por la mejor alternativa, tanto en el supuesto que se logre un acuerdo, cómo en el caso que no.³² Entonces, la táctica competitiva surge de la mala intención, donde no se busca utilizar el MAAN como forma de una negociar paritariamente, sino con la intención de doblegar la otra pretensión. Tener un buen MAAN permite negociar con mayor seguridad y fuerza, lo que no es necesariamente algo negativo, pero en caso que una de las partes se encuentre preparada,

³¹ CAMPOS-MICIN, Sebastián. (2021). Función suplementaria de la buena fe contractual, y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos. Revista chilena de derecho privado, (37), pp. 107,108, 113.

³² Santander Universidades, BATNA: ¿Qué es y cómo sacarle el mayor partido en una negociación?, [https://www.becas-santander.com/es/blog/BATNA.html#:~:text=BATNA%20son%20las%20siglas%20de.al%20Acuerdo%20Negociado%20\(MAAN\).](https://www.becas-santander.com/es/blog/BATNA.html#:~:text=BATNA%20son%20las%20siglas%20de.al%20Acuerdo%20Negociado%20(MAAN).)

y la otra no, inmediatamente supone una disparidad en el escenario que deberían las partes negociar (de forma ideal) en igualdad de condiciones.³³

5. Los ataques directos al oponente también son una forma de desequilibrar las posiciones. No es necesario amedrentar o faltas de educación, sino gestos psicológicos más sutiles pero que acumulándose son decremétales. Constantemente poner en duda o minimizar los argumentos del contrario, alterar las horas y lugares sin notificación previa para generar una sensación de duda e incomodidad, alargar la negociación en sí para utilizar estas tácticas de una forma más prolongada, simular no conocer los términos que son utilizados en el tema a tratar, son todas maneras de intimidar a la contraparte. Estas conocidas como ´técnicas “sucias, agresivas o frontales todas cumplen el objetivo de superponer una de las pretensiones sobre la otra, en lugar de buscar un punto medio.³⁴

Como puede apreciarse, la negociación se presenta como la herramienta más simple de los ADR, donde el éxito de la misma depende de distintos factores, dentro de ellos, que tan preparadas se encuentren las partes, cuales sean las intenciones que se tienen al momento de sentarse en la mesa de negociación, es decir, si se busca encontrar una solución apropiada para satisfacer ambas pretensiones, o si se pretende doblegar la pretensión ajena, utilizando diversas técnicas que pueden constituirse como un esfuerzo cooperativo, o uno competitivo. Esta herramienta es la que más puede utilizarse en todo contexto, sea formal e informal. Solo se requiere dos partes dispuestas a negociar, pudiendo ser utilizada tanto por grandes compañías, como personas comunes y corrientes. Me atrevería a decir que es la forma de resolver controversias más simples que existe fuera de los tribunales de justicia. En sí, es la forma más directa, y, por ende, la menos compleja y más extendida.

³³ Traducido de Conlon, D., R.L. Pinkley, and J.E. Sawyer 2014. “*Getting something out of nothing: reaping or resisting the power of a phantom BATNA.*” Pp328-342, Chapter 20, in Ayoko, O.B., N. M. Ashkanasy, and K. A. Jehn, eds. *Handbook of Conflict Management Research*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.

³⁴ Ibid, Material de Apoyo Docente, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, Academia Judicial Chile, 2016.
FISHER, R., URY W, y PATTON B. (1985). *¡Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Ed. Norma, pp. 14, 15

b) Transacción

La transacción es el siguiente ADR que se mencionará en este trabajo. Posee una complejidad mayor a la negociación, y, por ende, un objetivo distinto. Es un método alternativo de solución de conflictos, también de naturaleza autocompositiva, donde las mismas partes pueden resolver el conflicto, incluso aunque hayan iniciado un proceso judicial o arbitral. Así lo define en el Artículo 2446 del Código Civil Chileno, al indicar que “*La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.*”. El énfasis se encuentra, conforme a la norma chilena, más que en la forma en que se resuelve el conflicto, en la finalidad de ésta, cual es evitar un litigio judicial o finalizar uno que ya se encuentra en esta condición. Esto mismo se recoge en España, donde en el Código Civil Español la transacción se basa en el principio general de la libertad de contratación (art. 1255 del Código Civil), por el que las partes pueden disponer de todo aquello que tengan por conveniente, en tanto no se vulneren normas de orden público.³⁵ Se señala que el contrato de transacción tiene por objeto evitar un proceso judicial o arbitral, o poner término a uno ya en curso, cuando siguiendo la autonomía de la voluntad de las partes se resuelve el conflicto en el momento en que la oportunidad se presenta³⁶ (art. 1814 CC). Como puede apreciarse claramente, la normativa chilena se refiere a la finalidad del contrato de transacción, mas, omite la principal característica diferenciadora de aquella, cual es la existencia de concesiones recíprocas entre las partes.

En la doctrina española, San Cristóbal establece 3 elementos que conforman la figura de la transacción:³⁷

³⁵ SAN CRISTOBAL REALES, Susana, La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles, Universidad Antonio de Nebrija Madrid, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLIV (2011) 277-302 / ISSN: 1133-3677, p 45.

³⁶ Idem. Se referencia al Artículo 1814 del CC español, que acorde a San Cristóbal es el artículo que establece la autonomía de la voluntad. Esto lo complementa con el Artículo 1809, que establece el contenido del contrato fijado por las partes, prometiendo o reteniendo alguna cosa como objeto.

³⁷ Idem. San Cristóbal extrae estos elementos de la sentencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 16 Nov. 2004, (LA LEY, 239990/2004).

1. El primer elemento es identificado como la *res dubia*; que corresponde a un asunto que se somete a consideración de un litigio por la existencia de un conflicto, independiente del hecho sobre si se ha iniciado un proceso judicial o arbitral, o no.

2. A su vez, debe existir la intención de las partes de terminar (o sustituir) el estado de incerteza en que se encuentran en referencia a su conflicto debe existir una intención de solucionarlo, que el asunto tenga una respuesta certera y definitiva.

3. La voluntad existente de las partes de realizar concesiones recíprocas, con tal de encontrar una solución que deje satisfecha ambas pretensiones. Este requisito es el más importante y esencial, ya que no exige que todas las concesiones sean patrimoniales, pueden ser morales o meros gestos. Esas son las expresiones de la autonomía de la voluntad.

En Chile la transacción funciona de la misma manera. Como nuestro Código Civil tiene influencia francesa del Código Napoleónico, podemos referirnos al Artículo 2044 del Código Civil Francés, que establece: “*la transacción es un contrato por el cual las partes terminan un litigio empezado o precaven un litigio por nacer*”. Como establece el autor SANTIAGO LAZO, “De la definición que de este contrato dan ambos Códigos, no se necesita gran esfuerzo para deducir el carácter esencial y dominante de la transacción: terminar los juicios ya empezados o que puedan sobrevenir, por medio de un arreglo directo entre las partes, con prescindencia absoluta de la intervención de la justicia.”³⁸ . A lo que se refiere esta cita, es al hecho que la transacción es una definición de sus elementos, que serían; un acuerdo directo, sin que intervenga cualquier aparato de la justicia ordinaria u arbitral, y que puede llevarse a cabo incluso dentro de un proceso, siempre que sea previo a una sentencia definitiva. esa es la principal diferencia que se tiene con la negociación; ambas funcionan prácticamente de la misma manera, exceptuando lo anterior, y el hecho de la renuncia del derecho que se disputa.³⁹

³⁸ LAZO, Santiago, Transacciones sobre los efectos civiles de un delito(I). Un caso de validez o nulidad de ellas, RDJ Doctrina, Tomo III, Nro. 7, pp. 134-135

³⁹ Artículo 2446 Código Civil inciso final:” No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”.

Lazo destaca a la transacción de la negociación en cuanto a su objetivo. Mientras que la negociación busca tener resolución sobre una controversia con concesiones recíprocas, la transacción es el término de un conflicto que altera a las partes de tal forma, que la mejor solución es llegar un acuerdo que evite estos problemas, “una paz en todo el asunto”, por decirlo, en otros términos. Lo ejemplifica utilizando una cita del jurista francés Raymond Troplong en su libro sobre los tratados de las transacciones: “Los procesos asedian la vida de los hombres con numerosos tormentos; son a menudo la ruina de las familias. La transacción que los hace desaparecer es el partido del sabio. No se pierde transigiendo, porque, cualquier sacrificio que imponga, se gana en cambio el primero de todos los bienes, la tranquilidad: *Melior est certa pax quam sperata victoria*”⁴⁰⁴¹

Ahora bien, dicho lo anterior, aparece el contrato de transacción como una herramienta en la que se plasma el acuerdo negocial, efectuándose las partes las recíprocas concesiones, evitando así un litigio entre ellas, o finalizando uno que ha llegado a dicha instancia, y que en el caso chileno genera similares efectos a la sentencia jurisdiccional, desde que produce “cosa juzgada”, y por ende, habilita el cumplimiento forzado e incluso ejecutivo del contenido del acuerdo, si dicho contrato consta en escritura pública, ya que en tal caso nos encontramos ante uno de aquellos “títulos ejecutivos” que autorizan proceder directamente por el carácter autosuficiente que la ley les otorga⁴².

ii) ADR Heterocompositivos

a) Mediación

En la siguiente categoría de los ADR, encontramos los métodos heterocompositivos, es decir, aquellos en que las partes pueden o no interactuar de forma directa entre ellas, pero donde le

⁴⁰ “Una cierta paz es mejor que una victoria esperada”.

⁴¹ Cita referenciada en el texto de LAZO, Santiago.

⁴² Artículo 434 N° 1 Código de Procedimiento Civil.

otorgan a una o más personas la facultad para encontrar la solución a una problemática que enfrentan⁴³. Aquí las partes confían en un tercero o terceros que resolverán su conflicto para ellos. Ponen su confianza en la capacidad para resolver a lo que sea que se enfrenten. A diferencia de los ADR autocompositivos ya mencionados, en los heterocompositivos se busca que la solución llegue de forma externa a las partes en conflicto, pudiendo incluso interrumpir, suspender o terminar un proceso jurisdiccional en curso, ya que el objetivo de este es la justicia alternativa que se ofrece.⁴⁴

Dentro de los métodos alternativos de resolución de conflictos, el que sirve como una especie de “puente” entre los autocompositivos o heterocompositivos, es la Mediación. Este ADR se caracteriza por la intervención de un experto en la materia que actúa como intermediario entre las dos partes que tienen posturas enfrentadas, procediendo a hacer lo posible para que ellos se resuelvan, e incluso que las partes suscriban este acuerdo por escrito, cementando la decisión con una transacción.⁴⁵

El mediador es un tercero que posee conocimientos o entrenamiento especial y que colabora en la búsqueda de la o las mejor(es) solución(es) al caso, proponiendo y facilitando el acuerdo directo entre las partes. El mediador no es un árbitro o un juez, no puede ni impone la solución, sino que propone a las partes en conflicto alternativas, buscando acercar las posiciones. Si el acuerdo llega a producirse, debe consolidarse ya sea mediante un contrato escrito (una transacción, por ejemplo), o bien, mediante la intervención del tribunal respectivo. De esta forma la mediación constituye una figura intermedia, en que el rol del mediador es esencial, pero sin dejar de considerar el papel esencial de las partes, sin cuya voluntad no puede llegarse a la solución del caso, ya que el primero sólo tiene capacidad de proponer, mas no de imponer. Este mecanismo de resolución alternativa ha tenido y tiene gran aceptación en distintas materias y campos del derecho, especialmente en el ámbito de

⁴³ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVI (2013), p. 42.

⁴⁴ Idem, p. 47.

⁴⁵ CONFORTI, Franco, La Mediación en España, Edición 2009, mediate.com,

<https://www.mediate.com/la-mediacion-en-espana-edicion-2009/>

familia⁴⁶, ya sea al considerarse como un trámite previo, indispensable a una fase jurisdiccional de ciertas materias, o consagrarse de manera facultativa. Muchas otras áreas la han progresivamente acogido⁴⁷ (como en el ámbito de la salud) y en general en campos y materias en el que el acercamiento de posiciones que se produce por la figura del mediador, permite derribar o disminuir las barreras que la negociación directa crea o impone, existiendo incluso hoy en trámite un proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial en los procedimientos chilenos⁴⁸

b) Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos por medio del cual las partes involucradas en un conflicto se someten a un tercero escogido por ambas, quien tomará una decisión vinculante para éstas.⁴⁹ . En nuestro sistema es definido por el Artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales al señalar que "*Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso.*" con lo cual se enfatizan las principales fuentes del arbitraje⁵⁰

A nivel general, el arbitraje es ampliamente aceptado como un ADR al ofrecer una solución heterocompositiva alternativa a los tribunales estatales y cuya fuente normalmente es la autonomía de la voluntad. En Chile los tribunales arbitrales desempeñan la función

⁴⁶ La Ley N°20.286 introdujo modificaciones a la Ley N°19.968 que creó los Tribunales de familia

⁴⁷ La mediación, como equivalente jurisdiccional, está incorporada en el sistema chileno para determinadas materias, como lo son, aquellos que regula la Ley N°19.966, que crea el Régimen de Garantías en Salud, las materias de familia reguladas en la Ley N°19.968 y también, en algunos conflictos regulados en la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual.

⁴⁸ Idem, Proyecto de ley, Boletín N° 14.817-07, mensaje N° 447-369, ver Introducción

⁴⁹ CAVAINO, R, (1998). Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos, Negociación, Conciliación y Arbitraje, p. 23.

⁵⁰ El arbitraje en Chile como tiene fuente la autonomía de la voluntad (a través de compromiso y la cláusula compromisoria), la ley y la resolución judicial. Corresponde también mencionar el caso excepcional unilateral del testamento.

jurisdiccional, formando parte del mecanismo heterocompositivo general, junto con los tribunales ordinarios y los especiales, aun cuando las sentencias que ellos dictan carecen de imperio constitucional, entendido éste como la facultad de impartir órdenes directas a la fuerza pública. Salvo dicha excepción, que han de suplir en los casos en que se requiera mediante la solicitud de auxilio al órgano competente, en cuanto se ejerce la función jurisdiccional los árbitros quedan sujetos, en lo correspondiente, a las normas establecidas para los restantes tribunales, ya que es dicha función la que determina la naturaleza de tribunal de éstos.⁵¹

El arbitraje es ampliamente utilizado en Chile, ya sea mediante el nombramiento “ad-hoc” de árbitros o a través del arbitraje institucionalizado que ofrecen entidades como la Cámara de Arbitraje y Mediación en la Cámara de Comercio⁵², o el Centro Nacional de Arbitrajes⁵³. A nivel internacional, en Chile se encuentra vigente la normativa modelo en materia de arbitraje comercial⁵⁴, existiendo manifiestas deficiencias en la regulación del arbitraje interno que sólo encuentra normas generales en la normativa orgánica y procedimental vigente casi sin cambios desde el siglo XIX. Así a modo ejemplar puede señalarse que existe incluso un procedimiento para aquellos casos de “arbitraje forzoso”, que se encuentra recogido en el Título IX, artículos 222 y siguientes, del Código Orgánico de Tribunales, que

⁵¹ HINOJOSA SEGOVI, R., Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos, Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 117-118.

⁵² “Somos una institución sin fines de lucro fundada en 1992 al alero de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS). Tenemos más de dos décadas de experiencia en la resolución adecuada de conflictos, brindando a la comunidad nacional e internacional mecanismos como la mediación, el arbitraje y los *dispute boards*.” Presentación en la Cámara de Comercio. <https://www.camsantiago.cl/>

⁵³ CNA es una Institución nacida con el propósito de modernizar y promover en Chile el arbitraje y otros mecanismos de solución de controversias, caracterizada por sus altos estándares éticos, su independencia y transparencia.

Comprometida con el mejoramiento de la justicia, ha incorporado por primera vez en nuestro país numerosos mecanismos que han demostrado ser exitosos en la experiencia comparada, y que permiten a los usuarios del arbitraje contar con procedimientos más seguros y de mejor calidad, y a la vez más breve y económico.

Presentación del CNA, <https://www.cna.cl/nosotros/cna>

⁵⁴ Recogida en la Ley N° 19.971 del año 2004.

es un reflejo una manifestación del "derecho medieval"⁵⁵, surgida por lo mismo en una época de absolutismo en donde no se concebía siquiera la separación de funciones en el ejercicio del poder y en donde la justicia distributiva y conmutativa era impartida por y en nombre del rey, dada la ausencia de tribunales dedicados exclusivamente a ejercer la función jurisdiccional. Se establece una comparación de este mecanismo con la situación latinoamericana, donde el poder de las instituciones proviene del monarca se distinguen cuatro espacios de ejercicio del poder, siendo estos "*el gobierno, la justicia, la guerra y la administración*", todos ellos derivan igualmente del monarca.⁵⁶

Ahora bien, desde la perspectiva de la forma en que los árbitros tramitan y resuelven los conflictos para los que han sido nombrados (ya sea por la ley, por las partes, por los tribunales ordinarios y en un caso excepcional en materia sucesoria), existen distintos tipos de arbitrajes, entre los que se encuentran los siguientes:

Arbitro de Derecho: El árbitro de Derecho falla con arreglo a la ley y se somete, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.⁵⁷ Así se encuentra definido y tratado por el Artículo 223 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales⁵⁸

Arbitro Arbitrador: Aquel árbitro que falla obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y que no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada

⁵⁵ "El arbitraje forzoso en el derecho medieval castellano, antecedente inmediato de la legislación chilena en esta materia, tiene sus primeras manifestaciones positivas en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y éstas, a su vez, en regulaciones contenidas en el derecho francés de los siglos XVI y XVII." JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. (2011). El arbitraje forzoso en Chile 1 (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). *Estudios constitucionales*, 9(2), pp.453-498.

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200012&lng=es&tlng=es.

⁵⁶ GONZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2006): "Funciones del juez en los procesos constitucionales", en *Estudios Constitucionales* (año 4, N° 1), Universidad de Talca, Chile, Librotecnia, Talca, p. 305.

⁵⁷ <https://www.camsantiago.cl/faqs/que-clases-de-arbitros-existen-y-como-se-clasifican/>

⁵⁸ El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. (artículo 223 inc.2° COT).

hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.⁵⁹ Se encuentra normado en los Artículos 223 inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales, y en el 640 número 4 del Código de Procedimiento Civil.⁶⁰

Arbitro Mixto: El árbitro mixto es aquél que tiene facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, limitándose a la aplicación estricta de la ley en el pronunciamiento de la sentencia definitiva.⁶¹ Lo recoge de esta manera el Artículo 223 inciso cuarto del Código Orgánico de Tribunales.⁶²

Entre los tres tipos mencionados existe de forma paralela una separación de los roles, facultades y procedimiento, pero también cierta conexión entre ellas. Al arbitro mixto le son aplicables las normas y el procedimiento de los árbitros de derecho, y en el caso del árbitro arbitrador, la ley suple, actuando como regla general, en materias que las partes no hayan establecido de común acuerdo.

Tal como se ha indicado anteriormente, la presencia de la justicia arbitral como alternativa a la jurisdicción ordinaria y su continuo desarrollo emerge de la necesidad de una solución eficaz y oportuna para las partes, en consideración ya sea a ciertos déficits que se encuentran presentes en la justicia tradicional, o bien por razones de conveniencia, especificidad, rapidez, reserva, u otras que justifican su existencia, consagración y vigencia. Ya sea por el gran número de causas que son ingresadas en los distintos tribunales estatales, y la acumulación de éstas en el tiempo, provocando la demora de la aplicación de la justicia, lo

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en la Ley. (Artículo 223 inc.3º COT y 640 nº 4 CPC).

⁶¹ Idem.

⁶² Los árbitros mixtos deben limitarse, en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a la aplicación estricta de la ley, tal como los árbitros de Derecho y en cuanto al procedimiento se aplican las normas de los árbitros arbitradores. (art. 223 inc.4º COT)

cierto es que el arbitraje presenta ciertas ventajas en comparación a la justicia ordinaria. Se puede enumerar en las siguientes⁶³:

1° Celeridad: lo principal que se destaca del Arbitraje respecto a la justicia tradicional es que es expedita, al menos en una variedad de casos, por regla general. Es más rápida, en general que aquellos que se conocen por la justicia ordinaria, ya que la cantidad de causas que conocen éstos es considerablemente mucho mayor, siendo la lógica que un menor número de causas y casos puede ser resuelto en un menor margen de tiempo, recibiendo una tramitación más rápida, teniendo en especial consideración los temas de procedimiento. A su vez, debido a la autonomía de la voluntad, en la aplicación de la justicia arbitral les es posible, mayoritariamente a las partes la modificación de las reglas de procedimiento, lo que puede agilizar el proceso, reducir ciertos plazos para realizar ciertas actuaciones u omitir otras que no son fundamentalmente necesarias para el proceso arbitral. Esto funciona como una solución directa a uno de los mayores problemas que enfrentan los tribunales ordinarios, cual es la enorme acumulación de causas en tramitación.⁶⁴

2° Especialidad: Ya sea que el nombramiento provenga directamente de las partes o de los tribunales ordinarios cuando corresponda⁶⁵, la materia objeto de la controversia y por ello los conocimientos del sujeto llamado a conocerla son relevantes. Los jueces ordinarios deben resolver temas de distinta índole de forma diaria y regularmente, debido a que las controversias no son (en un panorama general y teniendo en cuenta la cantidad) similares entre sí. La selección del juez arbitro y la consideración especial a sus competencias, por ejemplo, en materia de construcción, seguros, o responsabilidad, contribuye a entregar una solución más adecuada al conflicto en particular.

⁶³ CAIVANO, Roque Jerónimo. 2014. El arbitraje: Nociones introductorias. Revista electrónica de Derecho Comercial. pp. 7-8.

⁶⁴ Esto se refleja, por ejemplo, en el informe realizado por el Instituto Nacional de Estadística, “Justicia: Informe Anual 2020”, https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusi%C3%B3n/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales-2020.pdf?sfvrsn=4ab75334_2, pp. 14, 17, 18.

⁶⁵ Auto Acordado N°128-2015 (17 de agosto de 2015) Corte Suprema, contiene el instructivo para el registro y designación de jueces árbitros por parte de los tribunales ordinarios.

3° Privacidad: Una de las más valoradas características del arbitraje, especialmente en ciertas materias, es aquella relativa a la privacidad que lo caracteriza, ya que el principio de publicidad, que por regla general aplica a los procedimientos ante los tribunales estatales (con determinadas y justificadas excepciones) no recibe aplicación en el contrato de arbitraje. Además, en caso de que se necesite, las partes pueden pactar cláusulas adicionales de confidencialidad para mantener sus asuntos con la mayor privacidad posible.⁶⁶

4° Inmediación: Al existir un menor número de causas por cada juez árbitro, éste interviene de forma directa en el asunto sometido a su conocimiento, de modo que existe una atención especial en lo referente al asunto. Se pone más atención a los detalles, en una proporcionalidad inversa, menos causas por juez árbitro, más tiempo y cuidado se le da a cada una de ellas.⁶⁷

En suma, el arbitraje se impone como una alternativa que, de forma eficiente, permite entregar una solución a algunas de las problemáticas más severas que afectan al sistema de justicia tradicional, permitiendo a las partes regular importantes aspectos de su desarrollo y alcance.⁶⁸

c) Conciliación

La Conciliación es un ADR autocompositivo bilateral, que, a diferencia de los otros mencionados, tiene su naturaleza ligada con el aparato judicial. Es definida como “El acto jurídico bilateral procesal en cuál de las partes, a iniciativa del juez que conoce el proceso,

⁶⁶ VÁSQUEZ PALMA, M. Fernanda. (2014). Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad): Formulación de una propuesta en aras de la modernización. *Ius et Praxis*, 20(1), pp. 397-401.

⁶⁷ Idem, VÁSQUEZ, p. 52.

⁶⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", en *Derecho Privado y Constitución*, N° 19, 2005, pp. 27, 31.

logran durante su desarrollo ponerle fin de mutuo acuerdo”⁶⁹. Como puede apreciarse, como mecanismo autocompositivo se caracteriza también por la autonomía de la voluntad de las partes, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el comienzo de un conflicto o poner fin a uno, por acuerdo mutuo, alcanzado ante un tercero (pudiendo ser este un juez, o secretario judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la audiencia de conciliación en un juicio ordinario. El tercero no impone la decisión a las partes, sólo propone bases de acuerdo, siendo los mismos intervinientes quienes deciden si las aceptan o no.⁷⁰

Se diferencia la conciliación de otros ADRs por el hecho de encontrarse inherentemente ligada al proceso, y especialmente con el juez, siendo considerado en la mayoría de los procedimientos, como un trámite esencial en él. En efecto, la Ley N°19.334 estableció modificaciones al Código de Procedimiento Civil en relación con la conciliación, en especial al disponer que "En todo juicio civil en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo. ”⁷¹. Por su parte, "En general, son trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales: 2°. El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley”⁷²

Se puede apreciar de tales disposiciones que la conciliación, en cuanto a fase, es considerada un trámite esencial en el proceso civil, aun cuando puede decirse al mismo tiempo que por distintas razones es también utilizada como un mero trámite o gestión con el cual el tribunal, al menos los de naturaleza civil, no se sienten realmente comprometidos, dentro de otras razones, por el carácter escrito de los actuales procesos civiles, en los que, por ende, no está

⁶⁹ COLOMBO CAMPBELL, Juan, La Jurisdicción en el Derecho Chileno (1991), Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, p. 8.

⁷⁰ Idem, SAN CRISTOBAL REALES, p. 46.

⁷¹ Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley N 19.334, publicada el 7 de octubre de 1994.

⁷² Artículo 795 del Código de Procedimiento Civil

presente la intermediación del juez, sino más bien el principio contrario. Cuestión distinta es la que podría estimarse existe en los procesos en los que la intermediación y la oralidad tienen un papel central, como ocurre en los procesos laborales o de familia.

Desde una óptica de la eficiencia puede decirse que ahorra una gran cantidad de horas de trabajo, en trámites tales como la elaboración de fallos y recursos, la recepción de prueba, elaboración de fallos y recursos, etc. El ahorro de ese tiempo abre la posibilidad para que el resto del proceso sea manejado de mejor manera, aumentando la productividad y la inversión en los procedimientos, aumentando la cantidad y calidad de acuerdos, preservando las relaciones futuras entre las partes, o, en otras palabras, siendo un gran aporte que tiene un impacto positivo, haya cumplido su objetivo o no, en el resto del desarrollo del juicio. Por estas razones, el rol de la conciliación y su aplicación dentro del Poder Judicial no debe ser subestimado, ya que una conciliación exitosa generando un acuerdo, es beneficioso para todos los involucrados.⁷³

Volviendo a los procedimientos civiles, en cuanto a su oportunidad, puede señalarse que la conciliación se desarrolla en la Audiencia de Conciliación, la que es regulada en el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, ya citado. Pero además de aquella instancia, la conciliación en el proceso judicial se puede realizar por iniciativa de cualquiera de las partes procesales luego de la oportunidad establecida en el juicio: las partes pueden solicitar que se realice en cualquier momento del proceso, mientras no se haya dictado la sentencia definitiva, y asimismo el juez puede también llamar a las partes a una nueva audiencia de conciliación en cualquier estado el proceso ⁷⁵.

Acorde con lo que se ha expuesto, la conciliación se caracteriza por su efectividad en ser un medio alternativo a la resolución del conflicto que de forma especial concluye el proceso judicial. Es una herramienta que demuestra gran versatilidad para quien la emplea, pudiendo ser el juez de la causa que, además de proponer bases de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada, dentro del marco de la

⁷³ Idem, COLOMBO.

⁷⁵ Esto se añadió luego de la modificación de la Ley N° 7.760. Posteriormente la ley 19.334 realizó todas las modificaciones al Código de Procedimiento Civil mencionadas y que se mantienen al día de hoy.

legalidad.⁷⁶ O a su vez, la efectividad puede venir de la iniciativa de las partes, proponiendo la conciliación sin importar el estado del proceso mientras no se haya dictado sentencia definitiva. La conciliación es una expresión en sí de la confianza en el tribunal, donde las partes confían en el criterio del juez, y que será capaz de proponer bases de arreglo satisfactorias para todos los involucrados, sea en la audiencia de conciliación o en el momento que se más conveniente.

Este aspecto de la conciliación se complementa con el hecho que es un proceso relativamente informal, en donde el juez “llama a las partes a conciliación”, pidiéndoles que “se aproximen”, donde las partes asistidas por el conciliador (o juez en caso que se desarrolle en la correspondiente audiencia, o que sea proponga en otra etapa del proceso) se comunican de forma activa con la intención de lograr un acuerdo y mejorar sus posiciones, es decir, satisfacer sus respectivas pretensiones. Entonces, el tercero imparcial promueve el diálogo y ayuda a las partes a encontrar solución a sus controversias⁷⁷. El conciliador tiene la facultad de sugerir opciones de solución, pero las partes mantienen en sí el poder de la última palabra, la decisión final. Aunque conciliación en sí tenga cierto nivel de informalidad en cómo las partes interactúan entre ellas y con el conciliador, tiene etapas bien determinadas, existiendo una secuencia lógica de actos de comunicación entre conciliador y las partes, donde el primero conduce en forma activa para lograr como resultado el acuerdo y el mantenimiento o mejora de las relaciones entre las partes⁷⁸.

El espíritu de la conciliación es de acercamiento, mientras que en la negociación y transacción son las partes las que se acercan directamente, en la conciliación es un tercero el que fomenta dicho acercamiento. Esto se deba a que la situación en las que se puede llamar a conciliación (en un proceso) las partes acuden a un tribunal para doblegar la pretensión

⁷⁶ Ibid., COLOMBO CAMPBELL, Juan, La Jurisdicción en el Derecho Chileno (1991), Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, p. 8.

⁷⁷ Idem, CAIVANO, R. et al. (1998). Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos, Negociación, Conciliación y Arbitraje. p. 7.

⁷⁸ ROMERO, A. (2003). Conciliación: Procedimiento y Técnicas de Conciliación. En Slaikeu, K. A., Negociación Directa y Asistida. Tratado de Gestión de Conflictos. (Cap. V). Lima: Ed. ASOPDES.

ajena. Es la labor del conciliador en acercar a las partes para otorgar una solución más expedita, en sí, desactivar la tensión existente y llegar a un acuerdo.

Capítulo II: ¿Que es el *Early Neutral Evaluation*?

El *Early Neutral Evaluation* (ENE) se inserta dentro del amplio concepto de los denominados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, que puede llevarse a cabo de forma directa entre las partes, o mediante la intervención de un tercero.⁷⁹

Se trata de en un proceso híbrido, donde su principal función y preocupación consiste en ahorrar dinero, tiempo, recursos y esfuerzos de los litigantes, al realizarse de forma anticipada a la formación de un posible proceso judicial. Su naturaleza híbrida corresponde a su posible uso tanto antes de la formación de cualquier conflicto, analizando toda la información presentada por las partes y dando su análisis, o cuando se utiliza la información proporcionada por las partes como una base inicial para un posible acuerdo.⁸⁰

Las herramientas que otorga el ENE tienen la virtud de destacar los puntos más importantes de las pretensiones de las partes, con el fin de entender cuáles son los distintos aspectos y posiciones de aquellas, para acotar la búsqueda de la información del tema central, y otorgar una evaluación que explora las posibilidades para un acuerdo fructífero, ignorando cualquier que pueda resultar improductiva e innecesaria.⁸¹ El ENE busca ser efectivo y evitar el proceso judicial, que puede resultar impredecible en cuanto a costos y tiempo, o centrar los puntos de discrepancia entre las partes que pueda llevar a callejones sin salida. Es un ADR donde se va directamente al punto, de forma precisa y concreta.

Pueden citarse diversas acepciones sobre el ENE, destacando aquella que entrega el *American Arbitration Association*, conforme a la cual aquella “es un procedimiento

⁷⁹ DÍAZ G, Alejandra y GONZALEZ R, Isabel, LAGOS O, M Soledad, *Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos*, Academia Judicial Chile, Santiago de Chile, p. 3, https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/MASC_MATERIAL_DOCENTE.pdf

⁸⁰ Idem, BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, *American Bar Association, Section of Dispute Resolution*, 2012, p. 2.

⁸¹ Idem, pp. 2-3.

confidencial, que promueve la comunicación directa entre las partes en disputa sobre sus pretensiones, haciendo énfasis en el uso de pruebas de apoyo, en especial en situaciones donde los litigantes tienen puntos de vista completamente opuestos sobre cómo se aplica la ley en el caso concreto o cuánto vale el caso”⁸². Esta definición, aun cuando en sí es básica, reúne los elementos fundamentales de lo que constituye el ENE, pero no lo que la diferencia de otros ADR. A lo que se debe poner atención es a palabras claves como “procedimiento confidencial” y “comunicación directa”, ya que son dos de los términos que revisten de especial importancia al ENE. La definición que mejor se adapta al ENE, es aquella dada por el Sistema de Cortes Unificado de Nueva York, donde refiriéndose al evaluador se le describe como “*una persona neutral con experiencia en la materia escucha los argumentos abreviados, revisa las fortalezas y debilidades del caso de cada parte, y ofrece una evaluación de los probables resultados de la corte en un esfuerzo por promover un acuerdo. El evaluador neutral también puede proporcionar orientación para la planificación del caso y asistencia para la resolución con el consentimiento de las partes*”.⁸³

Se puede señalar que la concepción concreta varía según la organización e institución que se refiera al ENE, así como al énfasis en sus elementos o finalidad. La *American Arbitration Association* (o AAA) se enfoca en el procedimiento confidencial y la comunicación directa entre las partes; Harvard pone el enfoque en la cláusula que puede adherirse a un contrato que suscriben ambas partes; y el Sistema Unificado de Nueva York⁸⁴ enfatiza el rol del evaluador y su desempeño en el ENE como su principal característica. Lo anterior tiene sentido, ya que la AAA busca promover los ADR como método de resolución de conflictos sin acudir a la litigación⁸⁵, por lo que existen ciertos autores que ponen especial énfasis en el

⁸² Ibid, *American Arbitration Association*, Early Neutral Evaluation, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Early_Neutral_Evaluation.pdf , Traducido al español

⁸⁴ *New York State Unified Court System, What is ADR, Early Neutral Evaluation*, http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml#neutral_evaluation, pp. 1-3.

⁸⁵ “*Alternative Dispute Resolution (ADR) is a broad system of methodologies that parties can use to resolve disputes without resorting to litigation. This guide discusses materials and methods researching ADR methodologies and practices.*” *American Arbitration Association. Our Mission*, <https://www.adr.org/mission>, y *AAA Guide to Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses for Construction Contracts*

aspecto contractual del ENE, y los beneficios que da su aporte como MASC, ya que sus características esenciales proveen un escenario ideal para su uso en diversos negocios, en especial por su carácter privado y confidencial⁸⁶, mientras que el SUCDNY resalta el rol del evaluador, ya que en su sistema utilizan evaluadores y mediadores, así que su definición se adecua con la promoción de sus funciones.⁸⁷

De las referencias que hemos utilizado para entregar un panorama general se pueden extraer elementos en común que permiten entregarle una mayor fisonomía a esta herramienta. Conforme a ello, cómo definición propia, podemos señalar que el *Early Neutral Evaluation* es un método alternativo de resolución de conflictos, que puede desarrollarse en una o más sesiones, donde un evaluador neutral, con conocimiento previo de la materia que se ha de tratar, procede a recepcionar los argumentos de las partes en una disputa, procediendo luego a redactar un informe donde detalla cada aspecto del caso, realizando una evaluación de las debilidades y fortalezas de los argumentos, y señalando los posibles costos y ganancias de avanzar a un litigio, todo de forma confidencial, de buena fe, y sin consecuencias vinculantes para las partes. Esta es la definición y sentido que se usará para el desarrollo de este trabajo, ya que pone énfasis en todas las características fundamentales del ENE, ya que engloba lo que se considera cómo su elemento definitorio, y se utiliza para dar partida a este trabajo de investigación, es esta invención lo que puntualiza el ENE.

Conforme a su definición, puede apreciarse que el principal rol del ENE se encuentra asignado al Evaluador, un experto en la materia referente de la disputa, quien procede a dar su opinión y efectuar un análisis del caso en concreto. Por lo general, el rol de Evaluador le corresponde a un abogado, no siendo ello, sin embargo, excluyente porque dependiendo de

https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Construction_Guide_to_Drafting_ADR_Clauses.pdf

⁸⁶ NOLAN-HALEY, Jacqueline M., 1949, *Alternative dispute resolution in a nutshell*, Fifth edition, St. Paul, West Academic Publishing (Nutshell series), 2021, p. 146.

⁸⁷ The New York State Unified Court System offers parties access to free or reduced-fee mediation and other ADR services in family law, general civil and commercial law disputes. These services are available in many courthouses and in the Community Dispute Resolution Centers located in almost all of New York State's 62 counties. New York State Unified Court System (4 de Diciembre de 2021), What is an ADR, Early Neutral Evaluation, http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml#neutral_evaluation

la materia, este papel puede ser asumido por una diversa variedad de expertos, precisamente por la amplitud de materias en las que puede ser utilizado el ENE⁸⁸, y de allí una de sus características y ventajas.

En sí, el ENE funciona de forma similar a otros ADR, concentrando algunas características de cada uno, pero, a su vez, mantiene diferencias notables con otros. El ENE funciona de forma distinta en la forma mediante a la cual se puede llegar a una solución, ya que en el informe realizado por el evaluador se contiene un análisis sobre las fortalezas y debilidades de cada una de las partes, anticipándolas al posible resultado en caso que se vean enfrentadas en un litigio⁸⁹, lo que lo hace radicalmente distinto.

En el capítulo anterior se efectuaron algunas referencias generales a los ADR más comúnmente utilizados. En lo esencial se señaló que la conciliación se caracteriza por el rol del juez, quien debe proponer bases de arreglo a las partes, no obligatorias para éstas, pero de concretarse, ponen término al proceso con carácter de cosa juzgada. Se contempla como un trámite esencial en diversos procedimientos civiles en el sistema chileno⁹⁰. El avenimiento, es un acto procesal en que las partes directamente convienen poner fin al juicio, con la aprobación⁹¹ del tribunal. La transacción, que permite poner término a un litigio pendiente o precaver uno eventual, con eficacia de cosa juzgada⁹², se caracteriza por la

⁸⁸ En cuanto a la raíz de la definición del ENE, en sus orígenes lo más común era que los Evaluadores fuesen jueces retirados, ya que su conocimiento del Derecho y sus años de experiencia los calificaban para poder anticipar los posibles resultados del litigio: *A non-binding form of alternative dispute resolution. In an early neutral evaluation, the neutral, who is likely to be a judge, retired judge or Queen's Counsel, hears each party's submissions and then states his view on the likely outcome at trial.* THOMSON & REUTERS, Practical Law, 2021, (21 de Diciembre 2021) *Glossary, Early Neutral Evaluation*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

⁸⁹ Esto es uno de los ejes centrales del trabajo, donde el ENE no sólo busca solucionar las controversias, sino preparar a las partes para un eventual litigio. Ver Capítulos II y II para más información.

⁹⁰ Ver página 27

⁹¹ El acta de avenimiento se "pasa" ante tribunal competente, y es autorizada por un ministro de fe o dos testigos de actuación, lo que le confiere carácter de cosa juzgada y merito ejecutivo. Art 434 N 3 del Código de Procedimiento Civil.

⁹² Idem. Código de Procedimiento Civil.

existencia de concesiones recíprocas y que se materializa en un instrumento contractual que puede incluso tener mérito ejecutivo. La mediación - que se ha introducido progresivamente en diversos procedimientos, incluso en algunos como un trámite previo obligatorio⁹³- carece de carácter impositivo, siendo esencial el rol y función del mediador para ofrecer alternativas a las partes. Si el acuerdo se logra, debe materializarse mediante un instrumento (transacción, por ejemplo), o bien mediante la intervención judicial aprobatoria. En materia penal podemos considerar otros tantos mecanismos alternativos, caracterizados eso sí por los particulares intereses, derechos y garantías en juego en ese ámbito⁹⁴, en los que, por aplicación del principio de oportunidad, ciertos titulares pueden celebrar contratos procesales, sometidos a la aprobación judicial, que tienen como efecto poner término a la investigación penal y extinguir la pretensión de esa naturaleza. Ahora bien, todos los mecanismos someramente mencionados constituyen, en general y salvo la transacción, formas de terminar o ponerle término a un proceso ya iniciado, constituyen una salida alternativa a un conflicto que se ha judicializado y que ha devenido en litigioso, y al cual se busca una solución, ya sea con la intervención directa de las partes o con la “guía” de un tercero interventor⁹⁵.

En cambio, la utilización del ENE busca evitar acudir a un litigio, explorar opciones previas mediante la evaluación de aquellas, identificar los diversos ejes, ventajas y desventajas de acudir a los tribunales, por lo que su ámbito natural de aplicación será previo a cualquier litigio. De ello deriva una de sus características esenciales, su carácter previo. Esta anticipación puede enfocarse tanto en los asuntos jurídicos como no jurídicos. El ENE funciona como un método de ahorro, donde las partes acuden a este experto de forma previa a la utilización de los tribunales, buscando cortar de raíz el problema y reducir o

⁹³ La mediación familiar es un sistema de resolución de conflictos a que llegan las partes, ayudadas por un tercero imparcial llamado mediador familiar. El mediador los ayuda a obtener una solución que surja de ellos mismos, a través de sesiones realizadas fuera del tribunal, en un ambiente que favorece el entendimiento.

⁹⁴ Como las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, e incluso ciertos procedimientos, cual es el caso del procedimiento abreviado.

⁹⁵ Mientras que en el caso concreto del ejemplo la Conciliación y Transacción son utilizadas como una forma de terminar el proceso de forma anticipada, evitando los efectos de la cosa juzgada de la sentencia, no implica que éste sea su único uso, ni que sea el principal medio de aplicación de ambos ADR. La Conciliación tiene una diversidad de funciones, lo que le da muchos usos prácticos, al igual que la Transacción.

definitivamente ahorrar gastos y costos para las partes, como elemento esencial de la naturaleza de este ADR⁹⁶.

Se ha señalado que *“La Evaluación Neutral Previa es un tipo de Método Alternativo de Resolución de Conflictos (ADR en inglés por Alternative Dispute Resolution) que se tiende a usar en las etapas tempranas de una disputa.”*⁹⁷ A su vez, se puede utilizar para resolver un conflicto de única instancia en casos que una discusión prolongada no genere efectos positivos, ya que disminuye un alto costo monetario y de tiempo que podría ser consecuencia de acudir a los tribunales. Su principal característica es la eliminación de estos costos al poner esfuerzo y énfasis en resolver los asuntos preliminares.

De esta definición se resalta lo siguiente: el ENE se caracteriza por utilizarse de forma previa a cualquier litigio, ya que ahorra los posibles gastos y tiempo que serían utilizados en un procedimiento judicial. En cambio, la destinación parcial y previa de estos recursos y el tiempo permite a los intervinientes anticiparse y prever de mejor forma los asuntos preliminares de la disputa, permitiendo analizar cuáles son las eventuales debilidades y fortalezas de las pretensiones de las partes, todo ello conforme a la opinión experta del Evaluador Neutral.

La evaluación temprana tiene como principal función anticipar el posible costo y pérdida de cada una de las partes ante los tribunales. El informe que redacta el evaluador tiene un doble

⁹⁶ La utilización del ENE es justamente más efectiva por la doble naturaleza del ENE, reducir los costos para las partes y proponer las bases de arreglo de acuerdo con la mejor información por parte del evaluador experto. Idem, BRAZIL, Wayne, p. 6.

⁹⁷ *“You might also use it to decide standalone issues that are particularly difficult to find agreement on but that are preventing the resolution of a larger, ongoing conflict. Like other forms of ADR, one of the primary attractions of ENE is that it cuts down on costs and avoids the time and expense of a trial. It’s particularly appropriate in cases where the parties’ positions are so far apart that litigating immediately would inevitably lead to a waste of resources, as numerous preliminary issues are addressed.”* Traducido de Harpers James Solicitors, *Buisness Disputes, Alternative Dispute Resolution, Early Neutral Evaluation: What is it and How does it work*, <https://hjsolicitors.co.uk/article/guide-to-early-neutral-evaluation/#section-4>

significado; prevención de la sentencia, y plantear una posible solución para las partes en disputa.⁹⁹

Sin embargo, un elemento que realmente puede resultar diferenciador para estimar tanto la viabilidad como la eficacia de los ENE en Chile, debe considerar las diferencias existentes entre el sistema anglosajón (donde nació y tiene su mayor exponencial) y el Sistema Chileno, caracterizados, dentro de otras diferencias, por el peso del precedente en el primero, y la fuerza relativa de las sentencias, del segundo, propia del sistema continental del *Civil Law* continental del cual forma parte el nacional.

i) Análisis de su uso

El ENE surge y se aplica en el sistema anglosajón, el Common Law, que se distingue de aquel de tradición romano-germánica, en la forma en que se crea y aplica el derecho. Este sistema normativo reglamenta un conjunto de hechos en ausencia de uno anterior, donde los jueces toman el protagonismo en el proceso, a través de la interpretación de la ley, desempeñando un rol fundamental en la evolución constitucional de Inglaterra. Además, se encargan de llevar a cabo la revisión judicial de los actos administrativos¹⁰¹, desempeñando el papel más importante de la evolución constitucional de Inglaterra, desarrollando la revisión judicial de los actos administrativos¹⁰².

A través del precedente, las sentencias adquieren una fuerza vinculante que se basa en la relación entre las proposiciones jurídicas y los hechos, lo que resulta en un respeto especial

⁹⁹ Idem, Traducido de *Harpers James Solicitors, Buisness Disputes, Alternative Dispute Resolution, Early Neutral Evaluation: What is it and How does it work*, <https://hjsolicitors.co.uk/article/guide-to-early-neutral-evaluation/#section-4>

¹⁰¹ Idem. WHITTAKER, Simón y BANFI DEL RÍO, Cristian. (2008). En este caso Whittaker y Banfi del Río se refieren al desarrollo histórico de Inglaterra, el proceso que dio lugar a su sistema común basado en el precedente; CROSS, Rupert y HARRIS, James (1991): *Precedent in English Law* (Oxford, Clarendon Press) 4ª ed, p. 246.

¹⁰² Idem, WHITTAKER, Simón y BANFI DEL RÍO, Cristian. (2008). Consultado el 18 de Diciembre de 2021. Se hace referencia a la obra WADE, William y FORSYTH, Christopher (2004): *Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press) 9° edición, p. 1030.

a los principios jurídicos. Estos principios son los encargados de establecer el vínculo entre las proposiciones y los hechos, otorgando así el mayor peso a las sentencias al determinar los efectos del derecho¹⁰³.

En el texto de WHITTAKER y BANFI se pone especial énfasis que esta constitución del sistema anglosajón tiene como resultado particular una aplicación más creativa de los principios, como en la interpretación retroactiva de ellos en ciertas sentencias, y en el reconocimiento o desconocimiento de ciertos preceptos jurídicos que se utilizan en nuestro Sistema, como la buena fe¹⁰⁴. Esto tiene especial relevancia en el uso práctico del ENE como forma de evaluación de los resultados en un litigio, teniendo una base su aplicación en sentencias previas, pudiendo hasta ser modificadas con efecto retroactivo, ya que el rol de los jueces ingleses no es crear el Derecho, es descubrirlo.¹⁰⁵

La fuerza del ENE proviene del antecedente, siendo este el elemento que explica por qué su utilización es tan práctica y eficiente en el sistema anglosajón. El lugar donde se da inicio al precedente no es texto único. Por la evolución histórica de los tribunales británicos se concentra en la resolución de los casos con un efecto modificable en el tiempo. La percepción del Derecho era local, con la participación de los jueces siendo fundamental para encontrar el significado jurídico¹⁰⁶. Se confiaba en que las decisiones pasadas generarían una cadena histórica de sucesos y decisiones jurídicas forjan una línea histórica. El sentido de este sistema es la resolución de un caso en el pasado ayudará a resolver un caso similar. Esta lógica es un elemento esencial en por qué el ENE es efectivo. En el precedente se reafirma la idea de que las resoluciones anteriores no son “simples toques en un cuadro puntillista más amplio” (a pesar de que un jurista inglés siempre debe retroceder para apreciar un área de la

¹⁰³ Idem

¹⁰⁴ Idem, BANFI DEL RÍO, p. 39.

¹⁰⁵ Ibid, pp. 40-41

¹⁰⁶ Se menciona al caso *National Coal Board (1957)* sobre la diferencia entre la concepción clásica inglesa de los jueces con la percepción estadounidense contemporánea, diciendo lo siguiente: *Su misión (los jueces) es, sobre todo, encontrar la verdad y hacer justicia de acuerdo al Derecho; y en su búsqueda diaria, el jurista desempeña un rol honorable y necesario*”. Idem, WHITTAKER, Simón y BANFI DEL RÍO, Cristian. (2008).

justicia¹⁰⁷), porque los textos de las sentencias intentan explicar por sí mismos su relación con lo que ha ocurrido antes y, en algunas oportunidades, con lo que puede suceder con posterioridad. En una rama del Derecho donde la ley no predomina, los precedentes en los que cualquier tribunal futuro sustentará su fallo (y/o que tendrá que distinguir) se mantendrán o caerán por sí solos prescindiendo totalmente de un texto legislativo. Esto se aprecia principalmente en Inglaterra, pero esto también puede suceder en Estados Unidos también.¹⁰⁸

Cuando se enfoca en el problema de forma previa al desarrollo del litigio, se permite anticipar dos de los elementos más importantes del proceso; evitar los gastos, tiempo, y esfuerzo de un proceso que puede resultar infructuoso o desfavorable, al intentar resolver las pretensiones antes que se conviertan en controversias.¹⁰⁹ Los mecanismos que se ofrecen se relacionan intrínsecamente como forma de ahorrar el tiempo de la Corte, de una forma expedita y al punto. En los mismos estatutos de la corte se dan las siguientes opciones para ello: la *ratio decendi*¹¹⁰.

Desarrollado y adaptado en el tiempo, el ENE utilizado por la Corte de California es gratuito, disponiendo de varias instancias en las que se dan opciones de incluso evitar el conflicto en su totalidad, acorde a lo que se discuta en la evaluación previa. Una de las instancias que se anticipan a ello es una llamada telefónica entre el evaluador (una vez que fue designado acorde a las mismas normas del tribunal) y las partes, donde se debe fijar la hora y fecha de la audiencia, donde además se pide a las partes la cooperación total con el evaluador en

¹⁰⁷ Esta cita se relaciona directamente con lo que es la concepción británica del Derecho, donde la perspectiva de un caso concreto no constituye una norma en sí, sino es una concepción cultural donde se aprecia el papel del juez y las sentencias. En otras palabras, en el sistema anglosajón el precedente es un registro normativo de la evolución histórica del país y su gente, plasmado de forma jurídica. DÍAZ, García y LUIS, Iván. (2015). Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(2), pp. 139-171. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200005>

¹⁰⁸ Idem, WHITTAKER y Simón, BANFI DEL RÍO, Cristian. (2008).

¹⁰⁹ Traducido de SEEBORG, Richard, ADR Rules, United States *Northern District of Northern California Court, Court Programs, Alternative Dispute Resolution*, 5. - *Early Neutral Evaluation*, <https://www.cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/adr-local-rules/#ene>

¹¹⁰ DÍAZ, García y LUIS, Iván. (2015). Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile.

cuanto a la sesión a venir, donde además se puede fijar bases para la siguiente pre-sesión, incluso agendar un mayor número de sesiones si considera que son necesarias.¹¹¹

El legislador recoge estas figuras como una forma más de buscar la solución de las disputas previas a la creación de una controversia jurídica. Además, se establece que el evaluador designado será un letrado experto en el tema, empleado en el momento de la evaluación por la Corte, dándole la posibilidad de hacerlo en su propio tiempo de forma voluntaria, o pagándole directamente al evaluador. Este proceso busca tener una duración de cuatro horas, las que posteriormente pueden extenderse por común acuerdo entre las partes y el mismo evaluador, incluso negociando pagos adicionales en caso de que sea necesario.¹¹² Esta medida permite identificar las posibles disputas de personas que acuden a los tribunales, y proveerles con una solución alterna. Al emplear a los mismos funcionarios de la corte, expertos cada uno en una determinada área, se asegura que exista una gran disponibilidad ante el surgimiento de todas las posibles controversias de las personas, jurídicas o naturales, que requieran asesoría jurídica. El panel de expertos que se presenta como evaluadores actúa como un frontis a la imagen y asistencia disponible del tribunal, donde busca resolver las controversias más simples, solucionables o directas, lo que en fin tiene un efecto descongestionado en la cantidad de casos procesados por la Corte.¹¹³

Sin embargo, debe señalarse también que el informe del Evaluador neutral tiene especial significación y sentido en el contexto propio de los precedentes, propio del sistema del *Common Law*¹¹⁴. A diferencia de nuestro sistema, en Inglaterra y Estados Unidos si se

¹¹¹ Idem, sección 5-7.

¹¹² Idem, 5-3.

¹¹³ La Corte del Norte de California se referencia en numerosas ocasiones se referencian estos hechos como características
<https://www.cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/early-neutral-evaluation-ene/#:~:text=ENE%20aims%20to%20position%20the,process%20can%20lead%20to%20settlement>.

¹¹⁴ En cuanto a lo que se refiere cuando se dice que se le da una atención especial a los precedentes en el *Common Law*, se refiere preferentemente a EEUU e Inglaterra, ya que son los dos países dentro del Sistema Anglosajón en que más se utiliza el ENE, y donde mayor relevancia tienen los precedentes.

considera la jurisprudencia como Fuente del Derecho, mientras que en Chile no se le otorga ese rol ni la misma relevancia¹¹⁵. En este sistema, sus jueces citan explícitamente fallos previos para decidir, de forma que la interpretación del Derecho discurre en dilucidar cuál fue el sentido de la norma según cómo fue considerada en otros casos previos; de forma tal que el derecho que se enseña a sus futuros practicantes en las Universidades se enfoca en comprender cuáles son los fallos clave en la regulación de cada área¹¹⁶. Es por ello que el ENE resulta tan relevante, ya que en el *Common Law*, lo que se busca mediante el proceso es resolver un conflicto teniendo en consideración la forma en que se ha resuelto precisamente en casos previos por parte de los tribunales, y el ENE es una herramienta fundamental.

El proceso es especialmente expedito, donde la sesión no debe realizarse en más de 90 días desde que se agendó la sesión del ENE.¹¹⁷ En sí, el procedimiento es meramente informal, sin las formalidades, ni exámenes de testigos o la grabación de las mismas declaraciones. En sí, el evaluador debe proponer bases de arreglo entre las partes de una forma cercana, establecer estipulaciones, señalar las fortalezas y debilidades de las posturas en juego, asegurarse que las partes entiendan el compromiso (esto es en caso de llegar a un acuerdo, parte de las características centrales del ENE consiste en que lo discutido en la evaluación no es vinculante para las partes de ninguna forma a menos que lleguen a un

¹¹⁵ El tratamiento de la jurisprudencia como fuente del derecho varía entre Inglaterra y Chile. En el *Common Law*, se considera como un único fallo anterior puede cambiar los criterios de las decisiones futuras, es decir, el precedente. En el Derecho Continental, se requiere de una acumulación de fallos que respalden un nuevo criterio para cambiar la tendencia judicial. Lo que el *Common Law* establece que en nuestro sistema no existe un sistema de precedentes en sí, sino una “jurisprudencia constante”, el fenómeno cuando varios fallos respaldan un cambio de tendencia. Esta diferencia en su tratamiento de lo que es el precedente se relaciona de forma directa con la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho, y como lo tratan ambos sistemas.

BRAVO HURTADO, Pablo, (2013) *Hacia los Precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho*, Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 2, p. 559.

¹¹⁶ *Ibid*, BRAVO HURTADO, Pablo, (2013) *Hacia los Precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho*, Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 2, pp. 552 [2013], que a su vez referencia a GLENDON, Mary; CAROZZA, Paolo y PICKER, Colin (2008): *Comparative legal traditions*3 (St. Paul, West Publishing) pp. 366.

¹¹⁷ *Idem*, 5-5

acuerdo¹¹⁸. El ENE se utiliza como un facilitador de aquello, tanto con la aproximación informal del evaluador, como el carácter no vinculante del mismo, pero donde se enfatiza que el evaluador a su vez tiene la función de guiar a las partes a una solución por medio del tribunal¹¹⁹, independiente de lo que se haya visto en la evaluación.

Esto último es la clave de la importancia del ENE en el sistema anglosajón; es una forma de facilitar la resolución de los mismos conflictos, o el origen de ellos para las mismas partes. En otras palabras, es una pre-fase del mismo tribunal, por donde se busca resolver la mayor cantidad de conflictos posibles antes de entrar al litigio propiamente tal. Actúa como un filtro, donde la Corte se deshace de una parte considerable de los casos de quienes acuden a ella, donde el ENE, actuando como pre instancia, permite una descongestión de procesos inútiles, fácilmente solucionables, o que en perspectiva no son necesarios de resolver por un tribunal. Las instancias que se describieron previamente son las que ayudan a llevar a las partes a un acuerdo, hacerles ver que la disputa no es controvertida, no tiene el suficiente peso para ser revisada por el tribunal, hay insuficiente material probatorio, u otras posibles instancias son las que resuelve el ENE, ahorrando tiempo y recursos a las partes y a la Corte, lo que a largo plazo y en el panorama general es beneficioso para la ciudadanía en general, por los efectos de descongestión de las causas tienen como efecto una más expedita resolución de justicia.

Este tipo de descongestión prejudicial sirve para resolver dos problemas comunes que enfrentan los sistemas jurídicos: la previamente mencionada congestión judicial, y la desconfianza en los tribunales¹²⁰. Ambos problemas se encuentran ligados de forma cíclica, donde la aglomeración de causas en los tribunales ralentiza la aplicación de la justicia, lo que puede aumentar el número de problemas y dificultades para todas las partes involucradas.

¹¹⁸ Idem
<https://www.cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/early-neutral-evaluation-ene/#:~:text=ENE%20aims%20to%20position%20the,process%20can%20lead%20to%20settlement.>

¹¹⁹ Idem, secciones 5-6,7 y 8

¹²⁰ DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. 2017. Centros de Justicia Ciudadanos: una mirada Iberoamericana a la prevención de los conflictos, https://drive.google.com/file/d/1Y_ZPqHwDmzn7IelrJonkyxKiVMKi22i-/view?pli=1

Esto hace que se pierda progresivamente la confianza de los tribunales en su capacidad para dar una expedita resolución de justicia. Este fue el tipo de pensamiento que llevó a crear el ENE en la misma Corte del Norte de California a mediados de los años 80. La gran mayoría de los litigios civiles no llegaba a los tribunales, o muchos de ellos eran desistidos antes siquiera que el juez llegara a una decisión. Combinado con el costo y el tiempo que era necesario para llegar a proceso adjudicativo¹²¹, es un método que permite evitar esos problemas, pero a su vez mantenerlos dentro de Sistema Jurídico para aumentar la confianza y descongestionar el sistema. El origen de la utilización del ENE, al menos en California, se remonta a la investigación ordenada por el Juez Robert F. PECKHA, donde un grupo de civilistas tuvieron la labor de encontrar formas de mejorar la experiencia para las partes en la litigación civil, con un énfasis en las instituciones relacionadas con los servicios. Mejorar la calidad de estos servicios era el objetivo principal para extender el alcance y el rango de las personas a las que se les podía aportar “ayuda real”.

Lo que se aprecia del ENE es que se puede adaptar a las circunstancias, y aunque no se logre llegar un acuerdo, de igual manera puede constituir un éxito. El ENE se encarga tanto de encontrar una solución para los involucrados, cómo para entregarles la mejor formación, conocimiento de sus propios intereses, creación de argumentos centrales, y conocimiento del asunto en si incluso en el caso que el acuerdo sea infructífero. En otras palabras, la labor del ENE es ayudar a las partes de la mejor manera que pueda. El hecho que sea comúnmente realizado por los mismos funcionarios del tribunal que posteriormente tratarían otros asuntos, es evidencia que el ENE refuerza la relación entre la ciudadanía y el aparato de justicia, aumentando el entendimiento y la comprensión entre ambos.

Existen distintos niveles de precedente explorados en el sistema británico, donde su característica en común corresponde al efecto de fuerza vinculante que tiene cada una de las sentencias. La fuerza vinculante establece que cada juez debe seguir la línea establecida por

¹²¹ “El proceso de adjudicación corresponde a resolver una disputa o decidir un caso. Cuando se presenta una demanda, los tribunales identifican los derechos de las partes en ese momento particular analizando cuáles eran, en derecho, los aciertos y errores de sus acciones cuando ocurrieron.” Traducido de Cornell Law School, Legal Information Institution, LII, WEX, Adjudicatory Process.

<https://www.law.cornell.edu/wex/adjudication#:~:text=Adjudication%20refers%20to%20the%20legal,their%20actions%20when%20they%20occurred.>

el precedente, ya que es la forma aceptada de interpretar la verdad del derecho. Esta forma es la que debe ser seguida, a menos que existan razones de peso para no seguir el ejemplo del precedente en un nuevo proceso. La decisión que sigue al precedente no es legal, puede ser criticada en sus fundamentos y objeto de revocación por medio de un recurso.¹²³

La utilización del ENE es una herramienta que permite examinar los diversos precedentes en relación con determinadas materias, e idear una posible aproximación y plan de acción frente a la disputa, ya que se tiene una línea jurisprudencial que funciona como una pauta para los tribunales, y que no se desviará de aquella línea a menos que existan buenas razones para aquello, lo que también puede ser incluido en la evaluación. Por estas razones el evaluador a cargo debe ser un experto en la materia, y especializarse no solo en el aspecto jurídico de la disputa, sino en la localización del tribunal, la historia jurisprudencial y los diversos precedentes que son competentes para la resolución del conflicto. Aquella es la razón por que tomó fuerza en Reino Unido y Estados Unidos: en el primero por la evolución histórica donde los jueces eran representantes locales que resolvían las disputas de las determinadas localidades en que se encontrasen¹²⁴, y en el segundo por su distribución regional y federal, donde cada estado (e incluso cada localidad, ciudad, pueblo e incluso distritito y barrio) varía sobre su historia, administración, tendencia geopolítica, tratamiento de diversas etnias y grupos etarios e incluso manejo de los recursos dependiendo en qué lugar se encuentre¹²⁵.

¹²³ García Díaz y Iván Luis establecen en su texto que existen dos tipos de precedentes; la *Vinculación Formal*; donde la sentencia que se aparta de la *ratio decidendi* aplicada en un caso anterior es ilegal y puede ser revocada mediante un recurso procesal, y la *Vinculación Prima Facie*. Cuando nos referimos al precedente, es a esta última la que se utiliza de ejemplo, lo que no quita que el ENE pueda ser utilizado en ambos tipos. Es más, el objetivo de este taller es cuestionarse y analizar si el ENE es aplicable al Sistema Chileno, que no tiene una prevalencia del precedente al mismo nivel que los ingleses y estadounidenses, por lo que el uso del ENE no se encuentra condicionado por el precedente en sí, pero sí se relaciona con su prevalencia en sus países y sistemas de origen. Idem, DÍAZ, García y LUIS, Iván. (2015). En cuanto a la historia del precedente, hacen referencia al texto PECZENIK, Aleksander (1997). "The binding force of precedent", y En MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert S. (eds.) (1997). *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot-Brookfield: Ashgate Dartmouth, p. 463.

¹²⁴ <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/history-of-the-judiciary-in-england-and-wales/history-of-the-judiciary/>
(7 de Noviembre 2022).

¹²⁵ *The Doctrine of Precedent in the United States of America*, Mortimer N. S. Sellers *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, *American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law (Fall, 2006)*, p. 67.

Las localidades moldean a los tribunales¹²⁶, y viceversa, debiendo el ENE adaptarse para cada localidad y su determinada situación.

Capítulo III: Su importancia

La importancia del ENE radica en la posibilidad para los potenciales contradictores de poder efectuar la evaluación de las diferentes aristas, ejes y aproximaciones frente a un conflicto, constituyendo una herramienta mediante la cual se puede anticipar el posible resultado de un litigio, por ende, previendo y dimensionando algunas de las consecuencias procesales que aquel puede generar. Si los litigantes disponen de antemano de una evaluación temprana, entregada por un tercero imparcial respecto de sus posibilidades y opciones, así como eventualmente de costos que tales le puedan entregar, se encontrarán en posición de tomar mejores decisiones, pudiendo contrastar expectativas en torno a su pretensión¹²⁷.

En el caso del ENE, quien toma la iniciativa es el Evaluador, quien como ya se estableció ¹²⁸, corresponde a un perito, un experto en relación al tema de la disputa, que con su conocimiento y postura neutral frente a la controversia de las partes, analiza de forma detallada la pretensión de cada una, junto con el escrutinio de los hechos en particular, para finalmente emitir su

¹²⁶ ” *The structure of state court systems varies from state to state. Each state court system has unique features; however, some generalizations can be made. Most states have courts of limited jurisdiction presided over by a single judge who hears minor civil and criminal cases. States also have general jurisdiction trial courts that are presided over by a single judge. These trial courts are usually called circuit courts or superior courts and hear major civil and criminal cases. Some states have specialized courts that hear only certain kinds of cases such as traffic or family law cases. All states have a highest court, usually called a state supreme court, that serves as an appellate court. Many states also have an intermediate appellate court called a court of appeals that hears appeals from the trial court. A party in a case generally has one right of appeal.*” https://ar.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/26/2016/03/U_S_Legal_System_English07.pdf (22 de Diciembre 2022).

¹²⁷ Ver Conclusiones página 58

¹²⁸ Es un letrado experto en el tema, empleado en el momento de la evaluación por la Corte, dándole la posibilidad de hacerlo en su propio tiempo de forma voluntaria, o pagándole directamente al evaluador. Este proceso busca tener una duración de 4 horas, las que posteriormente pueden extenderse por común acuerdo entre las partes y el mismo evaluador, incluso negociando pagos adicionales en caso de que sea necesario. Ver Introducción, Capítulo I, II y III

opinión sobre las ventajas y debilidades de la pretensión de cada parte, basándose en la evidencia que ellas le han presentado. No existen circunstancias donde el Evaluador investiga por su cuenta de forma separada, por el hecho que no podría ser neutral si lo hiciese, por lo que las instancias donde el Evaluador lleva una investigación de forma independiente son siempre de común acuerdo con las partes¹²⁹. En ello opera la autonomía de la voluntad, ya que no hay (en el Sistema Anglosajón al menos, podría ser distinto el caso en que se lograra aplicar el modelo chileno por el funcionamiento del Sistema Civil Continental Europeo) una reglamentación establecida sobre el procedimiento genérico del ENE más allá de las características que se engloban en la definición del mismo: un Evaluador Neutral que realiza su labor de forma previa o anticipada. En las definiciones escritas en cuanto al ENE, se mantiene el énfasis en la neutralidad del evaluador como el elemento distintivo del ENE, lo que lo destaca de los otros ADR, junto con su carácter previo. Todo lo anterior se refleja en el informe redactado por el Evaluador que expone en detalle cada una de las observaciones que corresponda efectuar. El rol que desempeña este evaluador imparcial constituye la característica definitoria del ENE, comparativamente respecto de otros ADR,

Lo que busca lograr el ENE es un foro en el que los abogados presentan el núcleo de la disputa a un Evaluador Neutral, que, en presencia de las partes, establece las debilidades y fortalezas del caso. En caso de no llegar a un acuerdo, el Evaluador ayuda a mitigar la disputa y propone bases de acuerdo para gestionar el “descubrimiento de la verdad”.¹³³ El objetivo del ENE es mejorar la comunicación entre las partes en disputa, proporcionando un “golpe de realidad¹³⁴” para todos los involucrados, más allá de cada pretensión, concepto o idea que tenga cada parte sobre su postura. Durante el proceso, el Evaluador experto evalúa los méritos

¹²⁹ Idem, <https://www.cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/early-neutral-evaluation-ene/#:~:text=ENE%20aims%20to%20position%20the,process%20can%20lead%20to%20settlement>.

¹³³ *Minnesota's State Supreme Court, Rule 114*, referenciado por A. CROXEN, Christel (2021), *Early Neutral Evaluation: What it is? How does it work?*

¹³⁴ *Reality check*, expresión comúnmente ocupada para referirse a la situación donde una persona toma conciencia de la realidad de golpe, de forma usual sobre su posición que distaba de parecerse a lo que esa persona creía, de forma ilusa a veces, en que se encontraba.

del caso y trabaja con cada parte involucrada para llegar a una comprensión clara de los temas centrales de la disputa.¹³⁵.

La utilización del ENE como una pre-fase en la Corte del Distrito Norte de California ejemplifica todo lo que es ventajoso de este ADR, y sobre todo trae la relevancia de los efectos que tiene no sólo como Método Alternativo, sino como método previo. Como indica su anticipación, la utilización como doble filtro en casos de descongestión o resolución expedita de conflictos que no son necesario de llevar ante un tribunal¹³⁶. En la misma investigación llevada por el Juez Peckham, el objetivo se resumía en una frase: eliminar costos innecesarios que provocaran una demora¹³⁷, si se llega a identificar las raíces de este problema, se puede encontrar más rápido una solución. Esto genera principal diferencia con otros ADR, porque mientras que los ADR directamente ofrecen una salida alternativa de estos problemas (expuestos a continuación), mientras que el ENE, como fue visionado (reformado incluso) no busca evitar estos problemas, sino solucionarlos, trabajando en conjunto dentro del mismo tribunal, con su mismo personal, para que se genere un ayuda real.

Este último concepto es especialmente importante, es encontrar el significado de lo que es una ayuda real. Como una idea básica, el fin detrás del sistema de justicia podría ser proporcionar esta ayuda a la ciudadanía para resolver los conflictos de una forma reglada por la ley elegida por todos, para no tener que recurrir a la autotutela. Al parecer, lo que concluyó el Juez Peckham fue distinto a esta concepción. La investigación que data de 1980 estableció una serie de síntomas que padece el sistema de justicia en cuanto a su aproximación al

¹³⁵ A. CROXEN, Christel (21 de Diciembre 2021), *Early Neutral Evaluation: What it is? How does it work?*, Gjehsdah Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

¹³⁶ Ver Capítulo II, p. 29

¹³⁷ Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, p. 12.

ciudadano común¹³⁸. Entre los motivos que menciona Peckham, se agrupan en dos categorías, las relacionadas con el funcionamiento de la corte, y las que se relacionan con el cliente;

Entre las problemáticas que se nombraron, se encuentran las siguientes:

Problemas de comunicación: se establece que no es poco frecuente que el mensaje se pierda en la comunicación entre las distintas partes en un litigio, sea entre el juez y una de las partes, entre abogado y cliente, abogados y entre diversos actores. Muchas veces las preguntas hechas son infructuosas, o las mismas respuestas fallan en responder lo que se pregunta. Repeticiones, exageraciones, subestimaciones, son todos elementos que alargan y sobre complican el proceso de manera infructuosa e inútil. Una razón por la que esto sucede, razona Peckham, se debe a que los clientes y las partes no ponen toda su atención a los datos del caso, por lo que la falta de información se traduce en una demora en comunicarla y reaccionar¹³⁹. La utilización del ENE funciona como una forma de evitar estos problemas de raíz, como Brazil señala, al realizarse de forma previa (y en algunos casos de forma obligatoria e impuesta por el tribunal a las partes) implica que las partes se encontrarán familiarizadas entre sí, presionándolas a su vez de tener toda la información conocida de antemano, a su vez de tener toda información esencial y evidencia de forma más anticipada, lo que no podría suceder si pensarán que tuviesen más tiempo.¹⁴⁰ En sí, el ENE es un incentivo para que las partes se familiaricen con el caso, sus pretensiones, y sus contrapartes. Les hace indagar aún más en sus objetivos, información y momentos, lo que puede llevar a un proceso mejor informado, más expedito, incluso a evitarlo, en caso de que lleguen a un acuerdo rápido producto del mayor conocimiento, o a desistir del mismo, al ver que la pretensión no se encuentra sustentada por la evidencia a su disposición.

¹³⁸ Aunque es importante considerar la diferencia de tiempo y cultura a la que se refiere el estudio, debido a que ambos ejemplos. Chile y Estados Unidos, son en el contexto de la cultura occidental, ambas democracias representativas donde el sistema de justicia busca sobre todo la resolución pacífica de los conflictos, cabe extraer que los problemas que presentan ambos son equiparables.

¹³⁹ Cabe recalcar las diferencias que presentan las litigaciones civiles a nuestro sistema, aunque no son las suficientes para ahondar en este punto, si lo son en cuanto al análisis caso a caso.

¹⁴⁰ Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, pp 12-13.

Poca concentración, *Discovery*¹⁴¹ inefectivo y mociones inútiles: debido al punto anterior, referente a la mala comunicación, tiene efectos adversos que se aprecian en la fase prejudicial como en la judicial, en especial en la fase de *discovery*, que se transforma en un esfuerzo infructífero, complejo y costoso para todo involucrado, lo que a su vez genera mociones infructuosas, generando una cadena de errores que afectan todos los procedimientos, y en especial el resultado. Comienzos falsos, guías equivocadas y estrategias erróneas son algunas de las dificultades que pueden encontrar su origen en el descubrimiento torpe de la evidencia, sin estar de más indicar que todo el esfuerzo constituye un desgaste para los involucrados, al elevar el tiempo gastado, el costo general y produciendo pocos resultados, como señala Brazil¹⁴². Lo que hace el ENE es poner especial prioridad al *Discovery*, no sólo con la información propia, sino con la de la contraparte, ya que el procedimiento requiere que cada parte (a través de un abogado o de un representante), presente sus reclamos o defensas y describa las principales pruebas en las que se basan, de forma oral y a través de documentos u otros medios probatorios, donde el evaluador debe proceder a valorar las fortalezas y debilidades relativas de cada una de las afirmaciones y pruebas que las partes presentan, y explicar cuidadosamente el razonamiento que existe detrás de estas evaluaciones. A su vez se debe calcular la probabilidad de responsabilidad y el posible costo en una cantidad monetaria¹⁴³ todo en función de ayudar a las partes a diseñar un plan para compartir la información importante y/ o llevar a cabo el *discovery* que los preparará de una forma efectiva para un posible acuerdo, una discusión prolongada o para continuar a un litigio.¹⁴⁴ Al realizar todo este procedimiento frente a frente, genera un ambiente de confianza, de inmediatez y de expectativa, donde las partes sienten el ambiente de encontrarse en un litigio, aunque este sea una pre fase, lo que fomenta la comunicación entre las partes por esa sensación de inmediatez,

¹⁴¹ *Discovery* es la fuerza dominante en los litigios civiles, es el proceso previo al juicio en el que una parte en una acción divulga cierta información y documentos relevantes para el tema de la demanda a la parte contraria. Traducido de *Jensen Blocks and Associates, Corey R. Pollard, What is Discovery*, [What is Discovery in Law? Its Scope and Purpose \(cpollardlaw.com\)](http://cpollardlaw.com)

¹⁴² Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, pp 14-15.

¹⁴³ La Corte especifica que esta estimación debe ser en dólares

¹⁴⁴ Idem, 5-11, 1), 3), 4) y 5).

otro antecedente donde se puede llegar a la resolución sin la necesidad de pasar al juicio¹⁴⁵. Incluso, como la naturaleza del ENE es confidencial e informada, su procedimiento puede ser utilizado como una forma de adquirir evidencia que sostiene las pretensiones de ambos, siendo utilizado para refinar el proceso de *discovery*. Esto puede tener varios efectos positivos, algunos ya mencionados, como poner mejores bases para un acuerdo, o marcar la diferencia en la fase probatoria. En sí, el ENE no constituye un remplazo para el *discovery*, pero sí una herramienta facilitadora de tal.¹⁴⁶

Dificultades añadidas en cuanto a la comprensión del caso: Peckham y Brazil establecen cierto patrón o cadena de elementos negativos que tienen su origen en las problemáticas que surgen de la pobre comunicación entre los actores en un litigio, o en general, en una resolución de una controversia. Estas situaciones no son simples bajo ninguna óptica, en algunas ocasiones hasta los abogados, y sobre todo para los clientes¹⁴⁷. Por ello, es indispensable que los hechos del caso sean vistos de forma objetiva, de lo general a lo particular, estableciendo marcos de acción, guías y pasos de cómo proceder, todo en vistas de anticipar o generar el mejor resultado posible. En palabras de Peckham, se debe ser sistemático en situaciones así¹⁴⁸. Pero esto es inherentemente difícil, por una variedad de razones recalca Brazil¹⁴⁹ Muchas veces es complejo ser sistemático porque la información puede estar incompleta, por lo que analizarla puede ser un callejón sin salida, e incluso más complejo aún si la contraparte no es lo suficientemente clara respecto a ciertas posturas referentes a la información, o la madre de todos los problemas que enfrenan, la mala comunicación, donde se falla en entender la pretensión contraria. Esto es especialmente un problema en los casos que son o muy extensos o cortos, la falta de información puede generar

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, pp 15-16

¹⁴⁷ Idem. Northern District of California.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Idem, p. 18.

una presión psicológica enorme en el abogado, lo que lleva a ineficacia¹⁵⁰. A su vez, analizar la información de manera objetiva es especialmente complejo. Como Peckham¹⁵¹ recalca en su investigación, los abogados no son jueces, no esa su labor, sino ser el representante legal de su cliente y trabajar con la información disponible para asegurar la pretensión con el mejor resultado posible, aún más si se considera que muchos de estos problemas surgen en la fase pre judicial, donde todo lo que tiene el abogado para guiarse son los hechos aportados por su cliente y lo encontrado en el *discovery*, sin saber lo que va a exponer la contraparte hasta la fase probatoria, lo que puede llevar a sorpresas inesperadas¹⁵².

Cientes Irrealistas, Consejo Irrealista: para el ciudadano común el derecho es un elemento extraño, muchas veces desconocido, por lo que no siempre se puede tener una visión realista de lo que es el derecho y que es lo que uno puede obtener¹⁵⁵. En un litigio uno no puede anticipar con certeza un resultado la mayor parte del tiempo, realidad que es aún más dura para los clientes, ya que no hay una manera real en que las expectativas del cliente se vean realizadas en el mismo juicio, menos aún en la fase prejudicial. Antes que comience el proceso, el cliente esperará resultados, donde el rol del abogado es explicarle cuales son los posibles medios por el cual se puede satisfacer su pretensión, pero no hay forma en asegurar que esta se encontrará realizada. Y es común que los clientes puedan sobrestimar o tener expectativas irrealizables ante lo que consideran verdadero. Ante esto, es probable que el abogado no pueda calmar o aterrizar las expectativas de su cliente, en especial en los ejemplos que se han mencionado anteriormente, si la evidencia o información que se tiene de la

¹⁵⁰ Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, p. 16.

¹⁵¹ Idem, PECKHAM.

¹⁵² Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, pp 16-17.

¹⁵⁵ Del original: “*Demanding clients are nothing new in law, so how can you live up to their expectations while maintaining your sanity? As far as some clients are concerned, the single most important thing on your mind for the next six months, is their file. They expect their work to be completed immediately, if not yesterday... Even the most outstanding service will never be enough if your client’s expectations are unrealistic. This realization is an important place to start. The client is the one who unknowingly holds expectations that are unrealistic, impractical and sometimes impossible. However, you are responsible for tactfully recalibrating those expectations to a level that can be met*”. <https://insight.thomsonreuters.com.au/legal/posts/guide-managing-client-expectations>.

contraparte es poca, o la experiencia del abogado en la materia es limitada, es una combinación donde el cliente y el abogado se pueden perjudicar de forma recíproca, y entonces perjudicar la pretensión. Entonces, aquí es donde actúa el ENE: dando lo denominado un golpe de realidad, donde se establece un rango de posibilidades bajo la aguda observación de un profesional, el evaluador neutral, que, de forma íntegra y cauta, siendo el mismo un experto en la materia, se encuentra en la mejor posición para hacer entender a las partes sobre que situaciones se encuentran dentro de su control, y cuales no¹⁵⁶. Como señala Brazil¹⁵⁷, la labor de un buen abogado es saber cuáles son las posturas de sus clientes, e ir filtrando cuales peticiones y posturas son las realizables, ya que la selección es lo que permite aumentar las posibilidades de llegar a un acuerdo. Si este abogado es el evaluador neutral, tendrá años de experiencia para poder ayudar a las partes a identificar los límites profesionalmente plausibles, y los factores junto con las fortalezas que definen los límites que son explicados al cliente sobre lo que no puede entender. Es la comunicación lo que finalmente impulsa al ENE.¹⁵⁸

La importancia del ENE no solo radica en la anticipación al posible resultado del litigio, con todo lo que conlleva (un ahorro de costos, tiempo y recursos, con la toma de conciencia de que tan factible es la postura con la que se pretende satisfacer la pretensión), lo que ya es enormemente importante y beneficioso, sino que además sirve como un análisis de lo que es el precedente en el *Common Law*. Esto se debe a que en cuanto su naturaleza, el punto de partida con el *Common Law* implica que en el material sobre el que se construyen muchas decisiones judiciales inglesas difiere radicalmente de aquellos sistemas jurídicos cuya base es legislativa. En efecto, el lugar de inicio no se halla en un texto único (cualquiera sea su extensión o vaguedad) sino que, en diversos textos, esto es, en una recopilación de sentencias que abarcan un período que con frecuencia se remonta dos siglos atrás y a veces más.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, p. 19.

¹⁵⁷ Idem, p. 20.

¹⁵⁸ Idem. BRAZIL, Wayne D, p. 21.

¹⁵⁹ WHITTAKER, SIMON, & BANFI DEL RÍO, Cristian. (2008). El Precedente en del Derecho Inglés: Una visión desde la Ciudadela, *Revista chilena de derecho*, 35(1), 37-

Hurtado lo ejemplifica de la siguiente forma: “En ambas tradiciones, para que se entienda bien, los juristas estudian los fallos de los jueces. Pero la diferencia no es solo de grado, no es que ellos les pongan más atención que nosotros. La diferencia es también de actitud. Cuando en el *Common Law* se estudia un fallo anterior es para encontrar en él la norma del Derecho. Mientras que en el *Civil Law*, un jurista usualmente utilizará un fallo como ejemplo para demostrar que los tribunales no se apegaron al criterio estrictamente legal”¹⁶².

La utilización del ENE otorga, por decirlo en términos simples, “un precedente del precedente”¹⁶³, una evaluación previa de la sentencias previas que no solo determina la jurisprudencia obligatoria aplicable al caso, sino que puede encontrar razones legítimas para que el precedente no se aplique, lo que puede alterar el resultado no sólo del caso concreto, sino de otros que se encuentren bajo el asunto de la sentencia inicial y cualquiera otra relacionada, lo que genera un “efecto mariposa” en el Common Law, en la temática asociada a la disputa que fue llevada al Evaluador.

i) Principales medios de aplicación

Debido a la naturaleza del ENE y al contexto en que recibe aplicación, es decir, un foro ¹⁶⁴donde un evaluador neutral, con conocimiento previo de la materia que se ha de tratar, procede a escuchar a ambas partes en una disputa, de forma confidencial, de buena fe, y sin consecuencias vinculantes para las partes, no tiene muchas restricciones en su aplicación, pudiendo ser utilizado en una gran variedad de áreas legales, ya que no existe un

83. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100003>. Cabe destacar que en cuanto a la naturaleza del precedente se refiere, el texto al que se cita pone especial énfasis en la recopilación de sentencias, lo que llega a tener más peso en cuanto a las argumentaciones pasadas, donde los jueces las contraponen con el contexto moderno, y se llega a un consenso en el fallo (Idem). Este punto es de gran relevancia en cuanto a la efectividad del *ENE*, y la principal diferencia con su posible aplicación en el modelo chileno.

¹⁶² Idem, BRAVO HURTADO, Pablo, (2013) *Hacia los Precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho*, pp. 553.

¹⁶³ Idem, BRAVO.

¹⁶⁴ Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, p. 28.

requerimiento específico sobre su uso. En la Corte de California como se ha mencionado anteriormente, es utilizado para hacer presentaciones compactas los reclamos y defensas, incluida la evidencia clave que será desarrollada para el posterior caso (en caso de), y recibir una evaluación no vinculante por parte de un evaluador neutral, en este caso alguien de la misma corte, pero siempre un abogado, con experiencia en la materia. El Evaluador también ayuda a identificar áreas de acuerdo, ofrece sugerencias de planificación de casos y, si las partes lo solicitan, da su asistencia para el cierre del acuerdo¹⁶⁵.

En sí, el objetivo del ENE es satisfacer las necesidades de los litigantes, donde su principal preocupación es que el proceso sea justo¹⁶⁶, donde la participación en el proceso es de gran utilidad y ayuda para entender la evidencia presentada, el derecho relevante en el caso y la posición de la contraparte¹⁶⁷. Es esta aproximación la que amerita al ENE como una forma no solo de resolver el conflicto, sino además de preparar a las partes en todo sentido para entender mejor el conflicto y cuáles son sus ramificaciones, positivas y negativas. En sí, el rol del evaluador busca ofrecer un panorama evaluado de la mejor forma posible, de una forma equitativa y justa.

Con el ENE es más efectivo si se acude a él de la forma más anticipada posible, ya que una sesión de evaluación que se lleva a cabo tempranamente, aumenta las posibilidades de éxito para las partes, ya que se le da una mayor introspección a los intervinientes sobre la forma que el juez asignado maneja sus casos¹⁶⁸. Brazil efectúa una serie de comparaciones, donde contrasta el uso del ENE, y a las gestión generales que realiza un juez asignado en su promedio de casos, y concluye que los resultados para los intervinientes que llegan a juicio sin haber utilizado el ENE suelen tener un resultado más desfavorable, en general. Para ello, se basa en un estudio realizado por el abogado D. Levine, quien fue uno de los que participó

¹⁶⁵ Idem, 5-1

¹⁶⁶ Idem. BRAZIL, Wayne D, *Early Neutral Evaluation*, p. 28.

¹⁶⁷ Esto es señalado a partir de lo relatado por la Corte del Norte de California, en su descripción del ENE [Early Neutral Evaluation \(ENE\) | United States District Court, Northern District of California \(uscourts.gov\)](https://www.uscourts.gov/early-neutral-evaluation)

¹⁶⁸ BRAZIL. Wayne D se refiere en su libro a la obra de ROSEBERG & FOLBERG *supra note*, pp. 1503-05.

en la investigación original de Peckham. En el estudio, se analizó que en la segunda fase de la implementación del programa ENE el 95% de los encuestados sentían que el ENE mejoraba la comunicación entre las partes que un manejo general del caso, el 88% sentía que el ENE ayudaba a mejorar las posibilidades de un resultado justo, un 83% sentía que ayudaba a esclarecer los hechos del caso, y un 73% percibía que el ENE contribuía a asentar las bases para un *Discovery* más efectivo y exitoso, en relación al tiempo invertido y el costo¹⁶⁹.

Si bien puede considerarse que su aplicación es muy amplia, las áreas del derecho donde el ENE ha de encontrar un muy relevante uso práctico son las áreas Comercial, Civil y la Familiar.

La utilización del ENE en materia comercial y contractual es, aparentemente evidente por las características y la naturaleza del ADR. Como la actividad comercial conlleva en si un riesgo, con la posibilidad de obtener un beneficio que muchas veces es incierto, con los costos que se pueden devengar de la actividad puede superar con creces los recursos puestos en la iniciativa, generando una pérdida. Por ejemplo, en materia de diferencias entre mandante de una obra de construcción y su ejecutor, la posibilidad de consultar con un experto en la materia a tratar con la mayor anticipación posible, señalando si la pretensión es viable o no puede entrar un *golpe de realidad*, que colabore o ayude a las partes a establecer la viabilidad de continuar hacia un conflicto jurisdiccional. Para ello piénsese en cualquier tipo de acciones comerciales en que muchas veces a las posiciones de las partes se van tensionando, hasta llegar a un punto en que cada una de ellas se convence de las bondades de los argumentos propios, olvidando los del otro y cuya única opción de resolución deriva en un proceso judicial.

Tal postura es incentivada por la AAA, ya que en su página web donde da una definición del ENE, se enfoca en el siguiente punto: “Al fin de la evaluación, el evaluador neutral redacta un informe no vinculante que consiste en su opinión no sesgada sobre la controversia. Esta opinión puede servir como un catalizador para un posterior acuerdo, mejorar la comunicación entre las partes y/o para resolver dificultades específicas que se tengan antes de comenzar

¹⁶⁹ LEVINE, D, *Early Neutral Evaluation: The Second Fase*, *supra* note 1, pp. 37-39.

cualquier proceso”¹⁷⁰. Lo más relevante de la definición anterior consiste en la figura de un catalizador neutral que busca no solo aportar una opinión respecto del asunto, sino acercar a las partes con pretensiones en pugna de la manera más efectiva, con vistas en proceder a una resolución de su conflicto.

La Universidad de Harvard también se enfoca en el uso contractual del ENE, encapsulándolo de la misma forma que definen el concepto de ADR. En su página web se refieren al ENE cómo el “procedimiento donde las partes someten su caso a un evaluador que a través de una sesión neutral de evaluación, considera la posición de cada parte y redacta un informe. Las partes pueden incluir una cláusula ENE en su contrato, que representa su acuerdo de someterse a este procedimiento de buena fe para resolver cualquier duda contractual”¹⁷¹. De ambos tratamientos se puede extraer una trascendente conclusión, ya que es manifiesto que el reconocimiento que se le da al ENE como ADR es especialmente útil en la negociación contractual civil y comercial, lo que le da una gran aplicación práctica.¹⁷²

A su vez, como fenómeno propio de Inglaterra, el ENE tiene una gran aplicación en materia de Familia. El Grupo Internacional de Derecho Familiar (*International Family Law Group LLP*) destaca el rol del ENE como un medio de resolución de conflicto entre cónyuges, señalando que a veces el ENE trae una solución al caso entero, sea el acuerdo financiero o el

¹⁷⁰ Idem, *American Arbitration Association*, (4 de Diciembre 2021), Early Neutral Evaluation, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Early_Neutral_Evaluation.pdf

¹⁷¹ Idem, *Harvard University, Harvard Library*, Alternative Dispute Resolution Research, Early Neutral Evaluation, <https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=310591&p=2078483>.

¹⁷² Sin embargo, hay un punto que debe ser considerado en cuanto al uso contractual del ENE: la ventaja que se menciona en estos casos es debidamente inherente al *Common Law*, justamente por el precedente como Fuente del Derecho. Si se usa el ENE en un caso de disputa comercial en Inglaterra, se tiene la posibilidad de consultar precedentes en referencia a la materia contractual, ya que, como se explicó anteriormente, los jueces ingleses deben fallar necesariamente según lo convenido en la sentencia previa, a menos que exista una razón de peso fundada que permita a los jueces fallar de forma distinta que en situaciones anteriores. Ambas circunstancias pueden ser previstas con el uso del ENE. Sin embargo, esto no sería aplicable al *Civil Law*, específicamente al modelo chileno, ya que no hay obligación (ni garantía) alguna que los tribunales fallen de manera paralela en virtud de un precedente. La aplicación práctica comercial contractual del ENE en Chile tiene mayor aplicación práctica en materias altamente técnicas, o donde existe una disparidad significativa en cuanto a la pretensión de una parte y lo que es realizable, como por ejemplo en materias de Construcción, determinación de términos técnicos como en materias industriales, u otras similares. Esta idea se expande en el Capítulo III.

divorcio. Pero a veces puede constituir un solo desacuerdo que puede arreglarse discretamente entre las partes. El ENE es útil para ambas funciones¹⁷³. Se recalca como característica notable del ENE su flexibilidad, donde puede ser utilizado tanto en una disputa de mayor complejidad, como en un simple desacuerdo conciso. Es esta flexibilidad lo que le aporta al ENE la polivalencia de ser usado en distintos ámbitos en el ejemplo de disputas familiares (aunque no es necesario que se limite solamente a aquel ejemplo);

A su vez, el estudio jurídico británico *4 Paper Buildings for Family* se especializa en utilizar el ENE en materia familiar, ofreciendo sus servicios al disponer de 29 Evaluadores para la resolución de disputas familiares a través del ENE.¹⁷⁴ *Family Law Partners* realiza una acotación en cuanto a la utilidad del ENE en resolver casos de divorcio, en una audiencia especial donde se expone toda la información, tanto financiera como personal, la que es llamada la Audiencia de Resolución Financiera Familiar, o FDR por sus siglas en inglés.¹⁷⁵

El uso del ENE en materia de familia presenta las mismas ventajas que son aplicables a todas las otras áreas del Derecho. La excepción evidente a los ámbitos de aplicación del ENE lo podemos apreciar en el área penal, precisamente debido al interés público comprometido con ocasión de la comisión del delito.

En sí, la principal función que desempeña el ENE es servir como un facilitador de los problemas comunes que enfrentan los procesos jurídicos. Las expectativas de cada persona que tiene una pretensión y quiere hacerla valer puede ser irrealista por lo bajo, ya que lo que puede querer o desear un sujeto y lo que se puede concretamente difiere enormemente, en

¹⁷³ Traducido de *International Family Group Law* (22 de Diciembre 2021), *Early Neutral Evaluation and Family FDRs*, <https://www.iflg.uk.com/service/early-neutral-evaluation-and-private-fdrs>

¹⁷⁴ “Los abogados senior de 4PB ofrecen el ENE/FDR como forma de ayudar a las personas involucradas en una disputa familiar de carácter jurídico a comprender el impacto probable de los diferentes factores que puede acarrear un proceso en un tribunal de familia, y obtener una aproximación de cuál sería el resultado. Esto puede aumentar las probabilidades de un acuerdo y evitar una audiencia final”. Traducido de *4 Paper Buildings for Family* (22 de Diciembre 2021), *Early Neutral Evaluation/FDRs*, <https://www.4pb.com/dispute-resolution/early-neutral-evaluation/>

¹⁷⁵ Traducido de *Family Law Partners, Early Neutral Evaluation, - Part 1: What, why and how it works, What is Early Neutral Evaluation?*, <https://familylawpartners.co.uk/blog/early-neutral-evaluation-part-1-what-why-and-how-it-works/>

especial cuando se contrapone a otra pretensión. Sobre todo, la falta de información y evidencia es en especial un problema, no solo para el cliente sino para su representante, el abogado. Muchas veces los hechos del caso son difusos, y no saber qué es lo que tiene la contraparte puede generar resultados inesperados una vez entrado el litigio.

El ENE se destaca justamente por ser una solución no sólo efectiva a estas problemáticas, sino a su vez sencilla y muy aplicable en la práctica. La figura del Evaluador Neutral siendo un funcionario regular en el tribunal cumple la doble función de tener experiencia comprobable en los temas a tratar, conociendo a su vez los casos y fallos anteriores en la materia, pudiendo anticipar de forma realista el resultado por su experiencia previa. Además actúa como un representante de la corte, y al desempeñarse en forma previa, puede interactuar con la ciudadanía de forma directa, no vinculante, privada y confidencial. Todo esto puede colaborar decididamente en el encuentro de soluciones, ya que despliega y entrega un “aura” de confianza y profesionalismo, unido al carácter previo y no vinculante lo que es un factor fundamental en este tipo de situaciones, proporcionando una variante adicional a las formas en que el tribunal entrega sus servicios.

Por ello, los objetivos de la ENE se pueden resumir en mejorar la comunicación directa entre las partes relativas a sus reclamaciones y pruebas de apoyo, proporcionar una evaluación de los méritos del caso por un experto neutral, proporcionar una "verificación de la realidad" para clientes y abogados, identificar y aclarar los temas centrales en disputa, ayudar con el descubrimiento y la planificación de movimientos o con un intercambio informal de información clave, y facilitar las discusiones de conciliación, cuando lo soliciten las partes¹⁷⁶.

El ENE tiene como objetivo posicionar el caso para una pronta resolución por conciliación, moción dispositiva o juicio. Puede servir como un sustituto rentable para el descubrimiento formal y las mociones previas al juicio. Aunque resolución del conflicto no es su principal objetivo, esta si es una posibilidad. El evaluador, un abogado con experiencia en el tema del caso, organiza una reunión informal entre clientes y abogados donde se presenta la evidencia y los argumentos que respaldan su caso, donde el evaluador identifica áreas comunes de

¹⁷⁶ Idem, secciones 5-1,2-5-7-8.

acuerdo, aclara y enfoca los temas y alienta a las partes a entrar en estipulaciones procesales y sustantivas.

El evaluador ofrece presentar la evaluación a las partes, quienes luego pueden solicitar escuchar la evaluación (que debe presentarse si alguna de las partes lo solicita), o posponer la audiencia de la evaluación a participar en discusiones de acuerdos facilitadas por el evaluador, a menudo en reuniones separadas con cada parte, o llevar a cabo un descubrimiento enfocado o hacer divulgaciones adicionales. Si las discusiones de conciliación no ocurren o no resuelven el caso, el evaluador puede ayudar a las partes a idear un plan para compartir información adicional y/o llevar a cabo el descubrimiento clave que las equipará rápidamente para iniciar discusiones de conciliación que buscan guiar el caso para el juicio, ayudar a las partes a evaluar de manera realista los costos del litigio, y/o determinar si alguna forma de seguimiento de la sesión contribuiría al desarrollo o solución del caso. En sí, lo que busca el ENE es otorgar ayuda, la más completa posible.

El *Early Neutral Evaluation*, como se ha discutido a lo largo de los capítulos anteriores, tiene como lugar propio el sistema del *Common Law*, por su desarrollo histórico en cuanto al precedente como Fuente del Derecho, por lo que en los países donde opera precisamente son aquellos donde la tradición anglosajona se encuentra presente. Los dos países donde más aplicación tiene son Estados Unidos y el Reino Unido, específicamente Inglaterra, ambos países por ser la cuna del *Common Law*, y el país donde más desarrollo ha alcanzado respectivamente. Existen múltiples menciones del ENE en las experiencias y legislaciones de ambas naciones¹⁷⁷, y una extensa cantidad de materiales doctrinarios que se refieren al respecto¹⁷⁸. Además de estos dos ejemplos, se encuentran los miembros de la

¹⁷⁷ *Minnesota's State Supreme Court, Rule 114, American Arbitration Association, New York State Unified Court System*, EEUU. Government UK (22 de Diciembre 2021), *Alternative Dispute Resolution for Consumers, What is ADR*, <https://www.gov.uk/government/publications/alternative-dispute-resolution-for-consumers/alternative-dispute-resolution-for-consumers>

¹⁷⁸ Ver Bibliografía, p. 63

Commonwealth, quienes a su vez son usuarios del *Common Law*, tales como Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Filipinas¹⁷⁹, y otros países miembros.

Por lo anterior resulta altamente interesante y trascendente analizar si esta institución o herramienta puede tener cabida en el sistema chileno y cómo podría insertarse y compatibilizarse en un sistema de fuentes del derecho que caracteriza al sistema chileno, heredero del sistema del *Civil Law*.

Conclusiones

Una vez definido el ENE, se debe abordar el principal objetivo de este proyecto de tesis, en particular, la eventual ventaja de su aplicación, una vez expuestos y en comparación con los otros métodos alternativos de resolución de conflictos disponibles en el sistema chileno.

En una primera perspectiva, referida a la justicia ordinaria, debe considerarse al ENE en dos paralelos; primero estableciendo la relación entre el sistema de Justicia ordinario con los ADR en general, y segundo cómo se relaciona el ENE en específico con los sistemas de Justicia.

En cuanto a sus aspectos generales el ENE comparte las mismas ventajas y aplicaciones que los otros tipos de ADR, es decir, son simples en su ejecución, promueven la comunicación directa entre las partes, le permiten a cualquiera de los mediadores o árbitros, en el caso de un método heterocompositivo, ser más participativos e intervinientes en el proceso con tal de asegurar el mejor resultado posible para las partes, una mayor predominancia de la autonomía de la voluntad en cuanto al procedimiento y una mayor eficiencia en lo relacionado al costo efectivo en cuanto a economía y tiempo.

¹⁷⁹ Cabe mencionar que Filipinas tiene una ley en específico que regula la utilización de los ADRs, incluyendo el ENE; *Phillipine Law and Jurisdictional Data Bank* (22 de Diciembre 2021), *Republic Act No° 9285, April 2004, An act to institutionalize the use of an alternative dispute resolution system in the Philippines and to establish the office for alternative dispute resolution, and for other purposes* https://lawphil.net/statutes/repacts/ra2004/ra_9285_2004.html

Las funciones que desempeña el ENE no se diferencian de forma significativa respecto de los que son inherentes a los otros métodos de resolución de conflictos. Es la forma en que lo hace y en el momento en que utiliza lo que marca su diferencia. Mientras que algunos ADR son utilizados de forma externa al proceso (la negociación, mediación, arbitraje y transacción) otros son utilizados de forma paralela o dentro del proceso (conciliación y transacción), el ENE combina estos dos elementos en su utilización. Como se mencionó ante las Cortes del Distrito Norte de California se utiliza al ENE en una etapa previa al proceso en sí, donde los mismos funcionarios del tribunal son los que se desempeñan como evaluadores, al mismo tiempo que siguen siendo funcionarios de la Corte.

Lo anterior cumple una triple función. La primera, es actuar como una especie de filtro para las pretensiones que buscaban ser satisfechas frente a la Corte. Por cierto, que no todas las pretensiones deben ser satisfechas. El rol de la jurisdicción no es concederle a todo el mundo lo que desea o pretende, eso es imposible, ya que la pretensión es una manifestación de voluntad subjetiva. Por lo mismo, puede perfectamente concebirse que se pueda rechazar una demanda en caso de que no se encuentre debidamente fundada, es decir, por carecer del debido fundamento. En otras palabras, rechazo *in limine*¹⁸⁰. Este concepto no se encuentra definido de forma completamente uniforme en nuestro ordenamiento¹⁸¹, pero existe el consenso que obedece al rechazo de una demanda por no encontrarse debidamente

¹⁸⁰ Locución latina cuyo significado es "desde el umbral"

¹⁸¹ En nuestro actual ordenamiento el rechazo liminar se contiene en el art. 782, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, que dispone en sus tres primeros incisos que:

“Elevado un proceso en casación de fondo, el tribunal examinará en cuenta si la sentencia objeto del recurso es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos que se establecen en los incisos primeros de los artículos 772 y 776.

La misma sala, aun cuando se reúnan los requisitos establecidos en el inciso precedente, podrá rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento.

Esta resolución deberá ser, a lo menos, someramente fundada y será susceptible del recurso de reposición que establece el inciso final del artículo 781.”

fundamentada, es decir, no se sostiene por sus propios argumentos para entrar al fondo¹⁸². La atribución legislativa de una potestad judicial para controlar de forma preliminar una demanda, sin importar el verdadero contenido y potencial alcance de la demanda, no puede ser un instrumento desmesurado que dificulte la entrada al litigio, pero tampoco esta interpretación puede convertirse en una forma de conflicto entre los poderes de control y desarrollo del juez, y el poder de los ciudadanos de promover la actividad jurisdiccional para la tutela de sus derechos e intereses legítimos. El filtro judicial *ab initio* del proceso, en la medida que sea llevado bajo los cauces que lo legitiman, no tiene porqué suponer un obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales. Por ende, todo exceso o celo en la aplicación de la potestad puede conllevar igualmente una privación injustificada de las garantías constitucionales de corte procesal.¹⁸³

Debemos considerar que actualmente la normativa civil no permite al tribunal controlar ni los fundamentos de hecho y de derecho, ni las peticiones concretas sometidas a su conocimiento, limitándose el actual control de oficio a un mero control formal y material de la demanda¹⁸⁴. No obstante ello, HUNTER-AMPUERO se refiere al proceso como una institución en la que cabe aplicación de distintos principios jurídicos, donde la falta de fundamento, la falta de pretensión, requisitos básicos o fundamentos de los principios en los que se basa la pretensión son las cosas que el juez, en un análisis inteligente debe tener en mente en el momento de recepcionar la demanda. Aquí podría tener cabida un mecanismo efectivo de control del juez, una potestad para rechazar *in limine* la demanda lo que permitiría al juez efectuar un control, previo al desarrollo del proceso, sobre la existencia de todos los presupuestos de la acción (pretensión) o sobre la idoneidad de ésta y sus fundamentos para

¹⁸² DEL RIO FERRETTI, Carlos, Rechazo in limine de recurso de casación) art.782, inciso 2, CPC), las normas reguladoras de la prueba y sana crítica. *Ius et Praxis* vol.25 no.3 Talca dic. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300069>

¹⁸³ HUNTER AMPUERO, Iván. (2009). El poder del Juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento. *Ius et Praxis*, 15(2), pp.127-131. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000200005>

¹⁸⁴ Artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 254 del mismo. Dispone la primera norma que “Puede el juez de oficio no dar curso a la demanda que no contenga las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 254, expresando el defecto de que adolece.”

arribar a una sentencia favorable¹⁸⁵. La acción surge de un hecho que ha producido determinados efectos jurídicos y si estos efectos se han producido, como justamente se postula, es al momento de la proposición de la acción que es preciso mirar, no al de la sentencia.¹⁸⁶

Ahora bien, así consideradas las facultades del juez para rechazar in limine una demanda por el no cumplimiento de los requisitos o la falta de fundamentación apropiada se podrían considerar como un control *ex ante*, entregada más que nada al juicio y valoración del funcionario público (juez), dejando sin satisfacción una legítima pretensión, lo que implica una denegación de justicia. Es posible concebir que por errores administrativos, o valoración deficiente se desestime *ab initio* la satisfacción de una pretensión, lo que deja el conflicto sin resolver. Aquí es donde la utilización del ENE podría entregar una solución, ya que su objetivo consiste precisamente es proporcionar una evaluación anticipada sobre las potencialidades de éxito de la pretensión formulada, permitiendo a las partes anticiparse de la mejor manera posible el resultado de ese control.

Al considerarse con una fase previa a la presentación de la demanda al tribunal, donde ambas partes se reúnen, someten su controversia a un experto de la materia a tratar, donde se realiza una investigación en el asunto con la correspondiente diligencia y cuidado, para luego someterse a su evaluación no sólo el asunto que fue investigado, sino de la postura de ambos lados del conflicto, se develan las fortalezas y debilidades de cada participante, y la aproximada probabilidad de cuál será la pretensión que se imponga a la otra, o si existe la mera posibilidad de que alguna pretensión tenga el sustento suficiente para ser satisfecha, dando su opinión profesional, acorde a su criterio, el resultado aproximado del litigio.

La evaluación temprana y neutral sería la forma más aproximada de anticiparse a ese resultado, pero no enfocándose en la parte legal y formal, sino en las pretensiones en sí y sus opciones. De esta forma la ENE busca “aterriar” las expectativas, permitiendo que las partes puedan entender mejor cuál es el real peso de los argumentos en los que asientan sus

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ SATTA, Salvatore, 1971. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Vol. I, Buenos Aires, p. 129.

objetivos, simplificar los conceptos y anticipar el cómo podría resolverse en definitiva las pretensiones, lo que facilitaría y eventualmente permitiría resolver la controversia en esta etapa previa, con el ahorro en temas de tiempo y recursos tanto para las partes que buscan acudir al tribunal cómo para los funcionarios de la corte. Así, se les da una efectiva solución a asuntos de baja complejidad o de resolución sencilla, a su vez que sirve para descongestionar la gran cantidad de causas que buscan resolución en los tribunales ordinarios, dando prioridad efectiva a aquellos asuntos donde es imperativo que intervenga el proceso legal. Podría actuar así la ENE como un método de economización para todos aquellos involucrados.

En concordancia con lo anterior, es otro el aporte que podría realizar el ENE respecto de los Tribunales de Justicia. aquel es el aumento la confianza de la ciudadanía respecto de los mismos tribunales. Tal como se ha señalado previamente, la forma en que opera el ENE en las Cortes del Distrito Norte de California, entregada a los mismos funcionarios que operan dentro de aquellos, permitiéndoles actuar como evaluadores ha demostrado ser bien recibido por la ciudadanía.

Entre los mayores problemas que enfrentan los Tribunales de Justicia, se encuentra de forma predominante la desconfianza¹⁸⁷ en el aparato judicial, especialmente por el desconocimiento del funcionamiento de sistema. Entre los motivos dados para esta desconfianza generalizada, se mencionan tradicionalmente la lentitud, la falta de transparencia la parcialidad, y en materia penal, la sensación de impunidad y la no debida persecución de los delitos, y una correlación directa entre el aumento de delincuencia y la ineficacia de los tribunales¹⁸⁸ En general, los motivos que afectan a la confianza, pueden reconducirse a un profundo desconocimiento en el funcionamiento del aparato judicial, junto con otros factores, como la percepción ciudadana sobre el funcionamiento en general de las instituciones del Estado, y la lejanía de los mismos funcionarios con las personas que acuden a los tribunales. El ENE,

¹⁸⁷ Según la última encuesta CEP, los Tribunales de Justicia se encuentran entre las instituciones peor evaluadas, superando solamente a las redes sociales, al Ministerio Público, televisión, el Congreso y a los Partidos político. Encuesta 88, enero 2023.
https://www.cepchile.cl/wp-content/uploads/2023/01/CEP88_PPT_ANEXOS_CRUCES-1.pdf

¹⁸⁸ <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/08/08/1069265/expertos-valoracion-justicia-cadem.html>

por su mismo funcionamiento, resuelve o aminora varias de las problemáticas que se mencionan. Al ser los mismos funcionarios quienes trabajan como evaluadores, se genera el doble efecto donde los funcionarios se acercan a los ciudadanos, y los ciudadanos conocen a los funcionarios. Se genera así un vínculo, si no de confianza, al menos de conocimiento. Y como etapa prejudicial, termina por disminuir la congestión de causas judiciales, mediante esa evaluación temprana de posibilidades.

El ENE presenta ciertas ventajas innegables a su aplicación y uso, pero la mayor incógnita a resolver es cuál es la ventaja significativa que presenta sobre los otros tipos de métodos alternativos de resolución de conflictos. Lo que realmente destaca al ENE, es que logra integrar algunas de las mejores características de los otros ADRs, al mismo tiempo que aporta sus elementos propios y singulares. Mantiene la estructura de la negociación, donde pone a las partes contrapuestas en una igualdad de condiciones. Con las posteriores bases de acuerdo da la autonomía a cada parte de negociar las bases de acuerdo propuestas por el evaluador. al fin y al cabo, son las partes las que tienen la decisión final aceptar los acuerdos propuestos o no. A su vez comparte la característica autocompositiva de la transacción, y puede ser utilizado para poner fin a una etapa del proceso, o al proceso en sí. También, actúa como una etapa prejudicial, aquí puede su vez ser implementada como una etapa esencial en el proceso, al ejemplo de las Cortes del distrito norte de California.

La figura del evaluador neutral se caracteriza por recoger los mejores aspectos de otras modalidades de ADR. El evaluador lleva a cabo una investigación exhaustiva y detallada sobre el tema en cuestión, además de la información base que es proporcionada por los involucrados, le permite aproximarse a las partes entregando su experiencia y conocimientos al caso. Lo que diferencia al evaluador de un mediador, árbitro en cualquiera de sus calidades, o conciliador, es que corresponde a una figura que tiene un papel predominante incluso una vez terminada la instancia donde actúa.

La utilización del ENE destaca por su versatilidad y su capacidad de adaptación. Su posibilidad de utilización no se limita a solo una etapa prejudicial rígida. Funcionaría de la misma manera y con la misma efectividad si fuese utilizada de forma independiente y no asociada, al igual que el arbitraje, la mediación y la negociación. El ENE funciona como método complementario. dónde se asiste como una relación simbiótica con efectos positivos

en su uso y aplicación. Abarca desde la intervención de terceros, comunicación directa entre las partes, cumple un rol investigativo activo y con posterior seguimiento al fin del procedimiento, y una preocupación general que trasciende las instancias, todo lo cual hace del *Early Neutral Evaluation* un método alternativo de entrega de soluciones para quienes lo implementan, para quienes los reciben, y para el sistema que lo alberga en general.

Bibliografía

Autores

1. ALLENDE PÉREZ DE ARCE, José Alberto. (2019). Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia. Revista de derecho (Valdivia), 32(1), pp. 255-273. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100255>
2. BARRÍA, Pedro y LAGOS, Soledad (2011). Mediación: Una Política Pública para Chile. Ponencia Primer Congreso Judicial: “Por una Propuesta de Justicia para el siglo XXI. Santiago de Chile
3. BRAVO HURTADO, Pablo, (2013) Hacia los Precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho, pp. 549, 559
4. BRAVO HURTADO, Pablo, (2013) Hacia los Precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho, pp. 549, refiriéndose a CAPALLI, Richard B. (1992): “Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica”, Revista Chilena de Derecho, vol. IXX N° 2: pp. 203-275, 549, 559.
5. BRAZIL, Wayne D, Early Neutral Evaluation, American Bar Association, Section of Dispute Resolution, 2012, pp. 2, 5, .12, 13, 14, 15,16, 17, 19, 28,
6. CAMPOS-MICIN, Sebastián. (2021). Función suplementaria de la buena fe contractual, y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos. Revista chilena de derecho privado, (37), pp. 107,108, 113
7. CAIVANO, Roque Jerónimo. 2014. El arbitraje: Nociones introductorias. Revista electrónica de Derecho Comercial. pp.7-8
8. CAPALLI, Richard B. (1992): “Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica”, Revista Chilena de Derecho, vol. IXX N° 2: pp. 203-275
9. CAVAINO, R, (1998). Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos, Negociación, Conciliación y Arbitraje.
10. COLOMBO CAMPBELL, Juan, La Jurisdicción en el Derecho Chileno (1991), Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, pp. 8.

11. CONFORTI, Franco, La Mediación en España, Edición 2009, mediate.com, <https://www.mediate.com/la-mediacion-en-espana-edicion-2009/>
12. CROSS, Rupert y HARRIS, James (1991): Precedent in English Law (Oxford, Clarendon Press) 4a ed, pp. 246
13. CROXEN, Christel (21 de Diciembre 2021), Early Neutral Evaluation: What it is? How does it work?, Gjehsdah Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)
14. DEL RIO FERRETTI, Carlos, Rechazo in limine de recurso de casación (art.782, inciso 2, CPC), las normas reguladoras de la prueba y sana crítica. Ius et Praxis vol.25 no.3 Talca dic. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300069>
15. DIAZ G, Alejandra y GONZALEZ R, Isabel, LAGOS O, M Soledad, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, Academia Judicial Chile, Santiago de Chile, página 3, https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/MASC_MATERIAL_DOCENTE.pdf
16. DÍAZ, García y LUIS, Iván. (2015). DIEZ RAZONES PARA INCORPORAR EL SEGUIMIENTO DEL PRECEDENTE EN CHILE. Revista de derecho (Coquimbo), 22(2), 139-171. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200005>
17. DIEZ Picazo, Luis (2008): Experiencias jurídicas y teoría del derecho (Barcelona, Editorial Ariel S.A), 2023.
18. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", en Derecho Privado y Constitución, N° 19, 2005, pp. 27, 31
19. FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Avenencia o ADR Iurgium, Editorial Tirant Lo Blanche, Madrid, 2013, pp. 565
20. GONZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2006): "Funciones del juez en los procesos constitucionales", en Estudios Constitucionales (año 4, N° 1), Universidad de Talca, Chile, Librotecnia, Talca, pp. 305

21. GLENDON, Mary; CAROZZA, Paolo y PICKER, Colin (2008): Comparative legal traditions³ (St. Paul, West Publishing) pp. 366.
22. GUERRERO, Esquivel, JIMÉNEZ, José Antonio Bautista,; ESQUIVEL-SÁNCHEZ, Francisco, José Antonio, La relación entre conflictos y poder Revista de Paz y Conflictos, núm. 2, Universidad de Granada, España, 2009, pp. 6-23
23. HINOJOSA SEGOVI, R., Sistemas de solución extrajudicial de conflictos, Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 117-118
24. HORVITZ, María Inés Lennon, y LÓPEZ, Julián Masle, Derecho Procesal Chileno Tomo I Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp 22-25
25. HUNTER AMPUERO, Iván. (2009). El poder del juez para rechazar *in limine* la demanda por manifiesta falta de fundamento. *Ius et Praxis*, 15(2), pp.127-131. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000200005>
26. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. (2011). El arbitraje forzoso en Chile 1 (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). *Estudios constitucionales*, 9(2), 453-498. Recuperado en 29 de octubre de 2022, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200012&lng=es&tlng=es.
27. LAGOS, M. 2017. Resolución de conflictos en Chile a 50 años de la propuesta del sistema multipuertas de Frank Sander. *Revista de Derecho Editada por el Consejo de Defensa del Estado* (37): pp. 117
28. LAZO, Santiago, Transacciones sobre los efectos civiles de un delito(I). Un caso de validez o nulidad de ellas, *RDJ Doctrina*, Tomo III, Nro. 7, pp 134-135
29. LEVINE, D, Early Neutral Evaluation: The Second Fase, *supra* note 1, pp. 37-39
30. MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert S. (eds.) (1997). *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot-Brookfield: Ashgate Dartmouth, p. 463
31. MUNDUATE, L, MARTÍNEZ, J. M. (2003), *Conflicto y Negociación*. Madrid: Ediciones Pirámide, pp 73
32. NOLAN-HALEY, Jacqueline M., 1949, *Alternative dispute resolution in a nutshell, Fifth edition*, St. Paul, West Academic Publishing (*Nutshell series*), 2021, pp. 146
33. PECZENIK, Aleksander (1997). “The binding force of precedent”

34. R. URY W. & PATTON B. (1993). ¡Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder. Bogotá: Ed. Norma, pp 3, 14, 15, 17
35. ROMERO, A. (2003). Conciliación: Procedimiento y Técnicas de Conciliación. En Slaikou, K. A., Negociación Directa y Asistida. Tratado de Gestión de Conflictos. (Cap. V). Lima: Ed. ASOPDES.
36. ROSEBERG & FOLBERG supra note, pp. 1503-05
37. SAN CRITOBAL REALES, Susana, La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles, Universidad Antonio de Nebrija Madrid, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIV (2011) 277-302 / ISSN: 1133-3677
38. SATTA, Salvatore, 1971. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Vol. I, Buenos Aires, pp. 129.
39. SEEBORG, Richard, ADR Rules, United States Northern District of Northern California Court, Court Programs, Alternative Dispute Resolution, 5.- Early Neutral Evaluation, (14 de Enero 2023) <https://www.cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/adr-local-rules/#ene>
40. WADE, William y FORSYTH, Christopher (2004): *Administrative Law (Oxford, Oxford University Press)* 9º edición, pp 1030.
41. WHITTAKER, Simon y BANFI DEL RÍO, Cristian. (18 de Diciembre 2021). El Precedente en el Derecho Inglés: Una visión desde la Ciudadela. Revista chilena de derecho, 35(1), 37-83, 2008, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100003>,
42. VÁSQUEZ PALMA, M. Fernanda. (2014). Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad): Formulación de una propuesta en aras de la modernización. *Ius et Praxis*, 20(1), 397-418. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100017>

Artículos y revistas

43. 4 Paper Buildings for Family (22 de Diciembre 2021), Early Neutral Evaluation/FDRs, <https://www.4pb.com/dispute-resolution/early-neutral-evaluation/>
44. American Arbitration Association. (4 de Diciembre 2021, Our Mission, <https://www.adr.org/mission>
45. American Arbitration Association (4 de Diciembre 2021), AAA Guide to Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses for Construction Contracts, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Construction_Guide_to_Drafting_ADR_Clauses.pdf
46. About the History of England (7 de Noviembre de 2022). <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/history-of-the-judiciary-in-england-and-wales/history-of-the-judiciary/>
47. Alternative Dispute Resolution, Legal Information Institute, Cornell Law School (18 de Noviembre 2022), https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution
48. American Arbitration Association, (4 de Diciembre 2021), Early Neutral Evaluation, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Early_Neutral_Evaluation.pdf
49. CAM Santiago, Clases de árbitros y para qué sirven (12 de Enero de 2023), <https://www.camsantiago.cl/faqs/que-clases-de-arbitros-existen-y-como-se-clasifican/>
50. CNA, Nosotros (3 de Enero 2023) <https://www.cna.cl/nosotros/cna>
51. Early Neutral Evaluation (ENE) | United States District Court, Northern District of California (14 de Agosto 2022) <https://cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/early-neutral-evaluation-ene/>
52. Family Group Law (22 de Diciembre 2021), Early Neutral Evaluation and Family FDRs, <https://www.iflg.uk.com/service/early-neutral-evaluation-and-private-fdrs>
53. Family Law Partners (22 de Diciembre 2021), Early Neutral Evaluation, - Part 1: What, why and how it works, What is Early Neutral Evaluation?, <https://familylawpartners.co.uk/blog/early-neutral-evaluation-part-1-what-why-and-how-it-works/>

54. Government UK (22 de Diciembre 2021), Alternative Dispute Resolution for Consumers, What is ADR, <https://www.gov.uk/government/publications/alternative-dispute-resolution-for-consumers/alternative-dispute-resolution-for-consumers>
55. Harpers James Solicitors, (14 de Diciembre de 2021), Business Disputes, Alternative Dispute Resolution, Early Neutral Evaluation: What is it and How does it work, <https://hjsolicitors.co.uk/article/guide-to-early-neutral-evaluation/#section-4>
56. Harvard University, Harvard Library (4 de Diciembre 2021), Alternative Dispute Resolution Research, Early Neutral Evaluation, <https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=310591&p=2078483>
57. HOMSON & REUTERS, Practical Law, 2021, (21 de Diciembre 2021) Glossary, Early Neutral Evaluation, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)
58. Instituto Nacional de Estadística, “Justicia: Informe Anual 2018”
59. Instituto Nacional de Estadística, Informe Anual 2014, http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/justicia_2014.pdf
60. International Family Group Law (22 de Diciembre 2021), Early Neutral Evaluation and Family FDRs, <https://www.iflg.uk.com/service/early-neutral-evaluation-and-private-fdrs>
61. Jensen Blocks and Associates, Corey R. Pollard, What is Discovery, What is Discovery in Law? Its Scope and Purpose (15 de Diciembre 2022) <https://cpollardlaw.com/personal-injury-attorney-virginia/what-is-discovery-in-law-its-scope-and-purpose/>
62. Material de Apoyo Docente, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, Academia Judicial Chile, 2016 (19 de Diciembre 2022) https://intranet.academiajudicial.cl/Imágenes/Temp/MASC_MATERIAL_DOCENTE.pdf
63. Minnesota’s State Supreme Court, Rule 114, American Arbitration Association, New York State Unified Court System, EEUU. Government UK (22 de Diciembre 2021), Alternative Dispute Resolution for Consumers, What is ADR,

<https://www.gov.uk/government/publications/alternative-dispute-resolution-for-consumers/alternative-dispute-resolution-for-consumers>

64. New York State Unified Court System (4 de Diciembre de 2021), What is an ADR, Early Neutral Evaluation
65. http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml#neutral_evaluation
66. Phillipine Law and Jurisdictional Data Bank (22 de Diciembre 2021), Republic Act No° 9285, April 2004, AN ACT TO INSTITUTIONALIZE THE USE OF AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION SYSTEM IN THE PHILIPPINES AND TO ESTABLISH THE OFFICE FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, AND FOR OTHER PURPOSES, https://lawphil.net/statutes/repacts/ra2004/ra_9285_2004.html
67. Santander Universidades, BATNA: ¿Qué es y cómo sacarle el mayor partido en una negociación?, [https://www.becas-santander.com/es/blog/BATNA.html#:~:text=BATNA%20son%20las%20siglas%20de,al%20Acuerdo%20Negociado%20\(MAAN](https://www.becas-santander.com/es/blog/BATNA.html#:~:text=BATNA%20son%20las%20siglas%20de,al%20Acuerdo%20Negociado%20(MAAN)
68. The Doctrine of Precedent in the United States of America, Mortimer N. S. Sellers The American Journal of Comparative Law, Vol. 54, American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law (Fall, 2006), pp. 67
69. THOMSON & REUTERS, Practical Law, 2021, (21 de Diciembre 2021) Glossary, Early Neutral Evaluation, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-107-5903?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true),
70. Una visión desde la Ciudadela. Revista chilena de derecho, 35(1), 37-83, 2008, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100003>,
71. Valoración Tribunales de Justicia Cadem, (22 de Diciembre de 2022)<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/08/08/1069265/expertos-valoracion-justicia-cadem.html>
72. Autoacordado N°128-2015 (17 de agosto de 2015) Corte Suprema (16 de Agosto 2022), <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080896>