

MATERIAL DE APOYO DOCENTE

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS



Mecanismos colaborativos:
nuevos paradigmas y rol del
Juez

Alejandra Díaz G.

La Conciliación: modelos y
técnicas

Isabel González R.

Consagración normativa de lo
colaborativo: aprendizajes y
desafíos para una justicia que
garantice el acceso efectivo

M. Soledad Lagos O.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

02

INTRODUCCIÓN

04

MECANISMOS COLABORATIVOS:
NUEVOS PARADIGMAS Y ROL DEL
JUEZ

18

LA CONCILIACIÓN: MODELOS Y
TÉCNICAS

47

CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LO
COLABORATIVO: APRENDIZAJES Y
DESAFÍOS PARA UNA JUSTICIA QUE
GARANTICE EL ACCESO EFECTIVO

INTRODUCCIÓN

Los MASC han llegado para quedarse en nuestro país. Día a día ellos cobran mayor relevancia en la resolución de conflictos jurídicamente relevantes, constituyendo en muchos casos una instancia que obligatoriamente ha de seguirse antes de iniciar determinadas acciones (la mediación en ciertos asuntos de familia) o una etapa mandatoria dentro del proceso civil (la conciliación) o incluso, en un caso particular dentro del derecho comparado, la forma única en Chile de resolver algunos de ellos (casos de arbitraje forzoso).

Una forma de aproximarse a los MASC es verlos, tal como dice su nombre, como una alternativa frente a justicia ordinaria, la cual muchas veces es lejana y poco accesible. En esta visión, las ventajas más evidentes de los métodos alternos radican en sus bajos costos y en la simplicidad de su funcionamiento. Sin embargo, esta perspectiva termina por convertirlos en lo que se ha dado en llamar una justicia de segunda clase: ante la imposibilidad de entregarle a todos la verdadera justicia, se apuesta por los MASC, con lo cual se corre el riesgo de devaluar la primera y terminar perdiendo interés en ella.

Pero el problema es más grave aún, la justicia ordinaria, al generar jurisprudencia disponible para todos, tiene la virtud de no sólo resolver el caso específico en que se genera, sino también de decirles a todos los ciudadanos

cuál es el contenido específico de sus derechos, sólo genéricamente descritos en la ley. Ello jamás lo podrán hacer los MASC, por lo que no es posible pretender que sustituyan a la justicia ordinaria.

Más productivo entonces es concebir a los MASC no como una vía competitiva a la justicia ordinaria, sino como una complementaria. Ambos sistemas tienen sus propias ventajas, se necesitan mutuamente y bien pueden actuar coordinadamente. Los textos que siguen exploran con profundidad y claridad las diversas ventajas de los MASC. Pero ahora nos interesa enfatizar que sin una justicia ordinaria independiente, accesible, oportuna y de calidad, los MASC jamás podrán concretar todas esas innegables virtudes, pues si ante un conflicto no hay posibilidad real de llevarlo en algún momento ante un juez que reúna tales características, el acuerdo deja de ser una opción voluntaria para convertirse en una simple imposición.

El texto que ponemos a su disposición es el producto de una de las metas de gestión que la Academia Judicial se comprometió a llevar adelante durante 2019. En efecto, como una forma de implementar acciones para difundir el conocimiento de los MASC en el Poder Judicial - y colaborar, de este modo, desde nuestra tarea con el eje Acceso de la planificación estratégica 2015-2020 del Poder Judicial - nos propusimos difundir y entregar

herramientas a los funcionarios del Poder Judicial en la temática de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, a través de un plan de acción que consideró, además del presente texto, charlas específicas que se realizaron en Antofagasta, Santiago y Concepción. En esta tarea contamos con la valiosa colaboración de las autoras del presente material quienes, desde el mes de marzo se sumaron, con entusiasmo y dedicación, a este proyecto y a quienes nos complace presentar.

La profesora Alejandra Díaz Gude es abogada de la Universidad de Chile, PhD in Law por la University of Leeds, UK; es docente de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián y en 2015 formó parte del equipo de investigadores que el año 2015 se adjudicó un proyecto Anillos de Investigación en Ciencias Sociales de CONICYT, sobre resolución alternativa de conflictos como herramientas de modernización de la justicia. La profesora Díaz nos introduce en la temática a par de sus reflexiones en torno a los roles y finalidades que, históricamente, se han atribuido a los MASC y a los nuevos paradigmas que en la actualidad permiten justificar su uso.

La profesora Isabel González Ramírez es abogada de la P. Universidad Católica de Chile, Magister en Derecho Penal y Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires; Directora del Centro de Mediación, Negociación y Arbitraje de la

Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile y dirige, asimismo, los programas de magister en Mediación, Gestión Colaborativa de Conflictos y Arbitraje de esta misma casa de estudios. La profesora González brinda una panorámica general y de mucha utilidad a la hora de recordar las diferentes formas de solución de conflictos y las características de los modelos y técnicas de las formas negociadas.

La profesora María Soledad Lagos Ochoa es abogada de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra, Abogado Mediador de la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y especialista en negociación y mediación. La profesora Lagos se refiere a lo “colaborativo” como elemento esencial de mecanismos no adversariales de resolución de conflictos y reflexiona en torno a la forma cómo la legislación debiese recoger, justamente, o colaborativo y sus principios.

Esperamos que este texto sea de utilidad para usted.

Juan Enrique Vargas Viancos
Director
Academia Judicial

Cristina Villarreal Holtshamp
Subdirectora
Academia Judicial

Mecanismos Colaborativos: nuevos paradigmas y rol del Juez

Alejandra Díaz Gude

Abogada, PhD in Law, University of Leeds, UK.

Docente-Investigadora, Facultad de Derecho y Gobierno, Universidad San Sebastián.

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) o ADR (*Alternative Dispute Resolution*) por su sigla en inglés, son también conocidos como Mecanismos Colaborativos de Solución de Conflictos (MCSC). Su propio nombre ya nos da una idea acerca de uno de los debates a los que da lugar la incorporación de estos mecanismos en la justicia legal, formal, y que consiste en la pregunta:

¿Alternativos o complementarios a dicha justicia?

La pregunta de si son “alternativos” al procedimiento judicial formal, legal y adversarial, o bien, complementarios, está vinculada con sus orígenes: ¿Cómo y por qué surgen estos mecanismos?

Antes de abordar esa pregunta, debemos la responder la siguiente:



¿Qué son los MASC?

Los MASC son mecanismos o procesos de comunicación interpersonales, que enfatizan el diálogo y la colaboración entre las partes por sobre el debate adversarial y en los cuales la solución a la que se arribe se acerca a los reales intereses y necesidades de las personas involucradas, más que a lo que prescribe la norma legal.

Así, las partes son las protagonistas de la solución de “su” conflicto (a diferencia del proceso legal, formal, en donde los protagonistas son abogados/as y jueces/zas).

También, debemos señalar que los MASC se aplican desde sus inicios (en los años 70, aproximadamente, pero incluso datan desde los años 20 o 30 para ciertos conflictos como los laborales en EE.UU.) para los siguientes tipos de conflictos: civiles, comerciales, vecinales, familiares y pequeñas causas penales (Macho Gómez, 2014).

Los MASC incluyen métodos tales como: negociación, mediación, conciliación y el arbitraje, entre otros, pero se reconoce a la mediación como la “reina” de los MASC (Adler, 1993), por lo que, en adelante, en ocasiones nos referiremos a la mediación como sinónimo de los MASC en general, por su preeminencia como método MASC.



Negociación: es un medio básico a través del cual, una persona obtiene lo que quiere o desea de los demás. Es un proceso de comunicación de doble vía diseñado para permitir alcanzar un acuerdo cuando las partes tienen algunos intereses que son compartidos y otros que son contrapuestos (Fisher, Ury y Patton, 1981).

Mediación: es un proceso de comunicación en el cual un tercero imparcial y neutral (mediador/a), conduce a las personas que están en un conflicto y que no pueden dialogar o comunicarse por sí solas, pero tienen la voluntad de hacerlo, para que se comuniquen de manera colaborativa, y encuentren una solución que considere las necesidades e intereses de cada uno.

Conciliación: es un proceso de solución colaborativa de conflictos similar a la mediación, pero un poco más dirigida. La diferencia es que quien concilia establece "bases de acuerdo" o de arreglo. Puede ser judicial o extra-judicial.

Arbitraje: 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.



¿Cómo y por qué surgen estos mecanismos?

Podemos agrupar sus orígenes en razones o fenómenos de carácter instrumental y razones o fenómenos de carácter valorativo, normativo (en el sentido de deber ser y no necesariamente de norma legal) y sustantivo. Cabe señalar, que estas razones y fenómenos, a la larga, se entremezclan e influyen recíprocamente.

Entre los primeros, esto es, **razones o fenómenos instrumentales**, se encuentra principalmente la corriente Administrativista o Managerial de la justicia (del inglés "*management*", que significa "gestión" o "administración"): corriente que surge en EE.UU. en los años 1970, vinculada a la necesidad de las cortes y tribunales de justicia de disminuir el flujo de casos por la sobrecarga administrativa que impedía una justicia expedita. A esta corriente se suman críticas por los problemas del uso demasiado extensivo de la ley para la regulación de los conflictos sociales, lo que lleva a las partes a acudir más a los tribunales, con la consiguiente sobrecarga de causas en estos. Se plantea que la reducción en el número de causas que ingresen al sistema formal puede redundar en un mejoramiento en la calidad de la justicia y en una reducción de las demoras en el procesamiento de otras causas (Matthews, 1988).

Entre los segundos, esto es, **razones o fenómenos normativas o valorativos**, se encuentra la percepción de que la justicia legal, formal, sería clasista y que, además, resulta opresiva para las personas más pobres. Ello, por las consabidas críticas vinculadas al acceso a la justicia, tales como: i) que quienes pueden costear al mejor abogado/a resultan vencedores en el proceso, o ii) que las pequeñas causas terminan no siendo llevadas ante tribunales, sea porque no existe una acción o procedimiento judicial contemplado para la misma (por ejemplo, algunos conflictos vecinales) o porque el costo del abogado/a resulta mayor que la cuantía disputada.

Si se tiene la vista, para el caso de Chile, estudios del Ministerio de Justicia sobre las causas que llevan los tribunales ordinarios civiles, resulta evidente que la mayor cantidad de causas dicen relación con cobro de deudas, generalmente, de empresas (muchas de ellas contra usuarios/as o consumidores/as). Entonces, es posible extrapolar las críticas a la justicia legal de EE.UU. de los años 70 y 80 a la justicia chilena actual, en donde los tribunales de justicia civiles, cuyo financiamiento es costado principalmente por los impuestos, se estarían abocando fundamentalmente o de manera significativa a resolver conflictos de las empresas y, en mucho menor medida, a las llamadas “pequeñas causas”, que son pequeñas para el sistema pero grandes para quien las sufre. Sin embargo, debe hacerse notar el enorme avance que ha significado para la atención de los conflictos del “ciudadano de a pie” la creación de organismos como el SERNAC- si bien su sistema de mediación para

demandas individuales adolece de deficiencias por el poco incentivo que hay para las empresas para aceptar la mediación-.

Así, las **críticas propias de las razones valorativas o normativas**, se resumen en:

- Deficiencias en el principio de igualdad ante la ley,
- Restringido acceso a la justicia y a la defensa legal ciudadana, y
- Preeminencia de un sistema de carácter adversarial que produce ganadores y perdedores.

Todos estas razones, críticas y movimientos en torno a la justicia legal, formal, contribuyeron a la formulación de propuestas de **Desprofesionalización** de la misma, **Desregulación**, y **Descentralización** (las llamadas “3Ds”), en los años 70 y 80 en EE.UU., dando lugar al surgimiento de un verdadero movimiento, llamado ADR o MASC y también a otros relacionados, como el de la justicia informal (Matthews,1988) (Blanco,Díaz, Heskia y Rojas, 2004). Este movimiento, teoría y práctica, se tradujo en la creación de diversos tipos de MASC: cortes vecinales, sistemas multi-puertas (como el *San Francisco Community Board*), establecimiento de mecanismos de mediación y conciliación establecidos en departamentos o servicios anexos a los tribunales, o bien en centros de justicia vecinal, tanto para causas de familia como laboral, vecinal y penal de menor cuantía, dando lugar, además, al desarrollo de una multiplicidad de artículos y libros sobre la materia, creando una verdadera disciplina académica (Garland,1997).

Para el caso de nuestro país, en la actualidad, por ejemplo, la mediación, negociación y MASC, se enseñan como asignaturas del pre-grado en la mayoría de las escuelas de Derecho de nuestro país, sea como electivo o ramo obligatorio, y también crecientemente a nivel de los Postgrados. Asimismo, en la última década ha existido un florecimiento de publicaciones y proyectos de investigación vinculados a la materia, lo cual da cuenta de la configuración incipiente de una nueva disciplina académica también en Chile.

Las “3Ds” de las propuestas emanadas del diagnóstico de crisis de los sistemas legales [1]:

Desprofesionalización: reducción de la intervención de profesionales en la resolución de los conflictos.

Desregulación legal: crítica al recurso demasiado extensivo de la ley para regular los conflictos sociales. Promoción de la creación de procesos más inclusivos que reúnan a la mayor cantidad de partes involucradas en el conflicto para su resolución.

Descentralización: traspaso del poder de decisión sobre los conflictos a foros locales de resolución de conflictos, que contemplen una mayor participación de la comunidad.

- Desde la mirada más propiamente **administrativista**, los MASC se conciben de manera más clara como “alternativas” al proceso legal, en el sentido de constituirse simplemente como formas de “descongestionar” el sistema y así dejar las causas más relevantes para el sistema legal formal. Esto conllevó a una crítica, más o menos coetánea al surgimiento mismo del movimiento ADR, y encarnadas en autores como Abel (1982) y Harrington (1985), consistentes en que la justicia informal y/ o MASC generaban una justicia de segunda categoría. Se señaló que no ingresaban causas serias sino menores, como causas de derechos del consumidor, materias de alteración del orden público, demandantes que pertenecían a minorías étnicas en EE.UU., etc.

La justicia de segunda categoría implicaría dos tipos de justicia co-existiendo simultáneamente: por un lado, una justicia legal, formal, con las debidas garantías y la aplicación del derecho, para los más acomodados; y por otro lado, una justicia informal, con menos garantías, con suspensión de la aplicación del derecho, para los más pobres.. Se hizo notar (por ejemplo, por Trubeck, en *Turning away from Law?*, 1984) que justamente los MASC habían surgido en un momento en que en EE.UU. las minorías estaban conquistando un mayor reconocimiento de sus derechos y mayor acceso a los tribunales, como era el caso de las organizaciones de arrendatarios para los conflictos de arriendos, el movimiento feminista respecto de la violencia de género y también en conflictos interraciales.

[1] Ver: Díaz Gude, A. (2019) Justicia Restaurativa. Primera Parte. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, pp. 117. En prensa.

Entonces, se destacó que el lado negativo de los MASC era que aparecían como cooptando a un movimiento social de grupos menos privilegiados que habían conseguido organizarse políticamente para lograr nuevos derechos y garantías, debilitando su acceso a los tribunales y al procedimiento legal, formal, de carácter adjudicativo.

Se plantearía, según estos autores críticos, que los ADR y la justicia informal (en adelante, JI) serían un intento por legitimar al sistema legal formal ante las críticas de ineficiencia, clasismo, desigualdad, falta de acceso y excesivo uso de la coerción (especialmente en el ámbito penal) y de ofrecer, a modo de respuesta legitimadora, nuevos ideales que contenían nuevas promesas de una mejor justicia luego de que las anteriores hubieran fracasado.

En los inicios del movimiento MASC y de JI se esperaba, al menos por una parte del mismo, que la existencia de estos nuevos mecanismos pudieran llevar a una reducción del aparato legal, y de los profesionales del derecho. Sin embargo, no existió evidencia de que esta reducción hubiese ocurrido, sino más bien la evidencia apuntaría a lo contrario. Matthews (1988), por ejemplo, señala que entre 1950 y 1980 el aparato legal (cortes, abogados/as, jueces/zas) se más que duplicó en EE.UU.

También, Harrington (1985) planteó que muchos casos no eran realmente “*diversion*” [2], sino nuevos casos que antes no habrían ingresado al sistema legal de todas formas, por lo que no se aliviaba la carga de los tribunales, más bien la sobrecarga permanecía o bien, seguía aumentando.

- Por otro lado, la “*alternatividad*” de estos sistemas, si se entiende desde una perspectiva dicotómica (como más de uno implicando menos del otro, o bien, como uno mejor que el otro, el cual debe ser reemplazado) [3] debe ser cuestionada, por cuanto los estudios en este ámbito identificaron la existencia del fenómeno de “*bargaining in the shadows of the law*” (es decir, negociación a las sombras de la ley), dado por la circunstancia de que: por un lado, las personas participaban escasamente desde lo puramente voluntario, sino que más bien, por la presión de una amenaza de sanción (por ejemplo, en los casos penales) o por el riesgo de ser llevado ante los tribunales, o por el temor de que no asistir les pudiera acarrear algún perjuicio. Así, de no ser por la existencia del aparato formal, estos centros MASC habrían tenido dificultades para el ingreso de causas o conflictos. Por otro lado, la misma posibilidad de que el conflicto pudiese ser llevado ante un tribunal, con aplicación de determinadas normas, con cierta jurisprudencia conocida, etc., se tornaba en un incentivo para las partes

[2] Vocablo en inglés que significa desviación de las causas desde el sistema formal al informal, similar al principio de oportunidad en sentido amplio de nuestro sistema procesal penal.

[3] Por ejemplo, algunos autores, (entre ellos: FISHER (1975) y LONGMIRE (1981)) llegaban incluso a proponer el reemplazo del actual sistema legal por una “justicia popular” en donde existía la gama de los MASC y además la adjudicación o sentencia pero a manos de los ciudadanos, con menor aplicación del derecho y mayor aplicación de un “needs based approach” es decir, de predominio de perspectiva de las necesidades e intereses más que de los derechos. También en el ámbito penal existían estas propuestas de reemplazo del sistema formal, vinculadas al Abolicionismo y se reflejó en algunas de las primeras proposiciones del movimiento de la justicia restaurativa (MATTHEWS,1988).

a negociar (y, probablemente en conflictos como los laborales, “las sombras de la ley” tenían el efecto de otorgarle mayor poder negociador a la parte más débil). De esta manera, aparece a poco andar que la sola existencia de los tribunales, aunque no llegasen a actuar en el caso concreto, resultaba muy relevante para el efectivo cumplimiento y funcionamiento de los MASC. La existencia de la justicia formal, aún cuando esté sólo como posible “punto de salida” del sistema informal, permitiría efectivamente cautelar la igualdad de las partes ante la ley y, en definitiva, asegurar un mayor acceso a la justicia.

□ Otro aspecto importante a destacar, está contenido en una de las ideas originales que motivó, al menos, una parte de este movimiento de ADR y justicia informal, consistente en una crítica al “saber experto” y que esperaba ver en el desarrollo del ADR y JI un movimiento de “desprofesionalización” en el manejo de los conflictos. Esto, a nuestro juicio, no se ha cumplido, en la medida que se han ido creando al amparo de los MASC igualmente nuevos saberes y expertos: los mediadores, árbitros, etc., así como nuevos estándares de buenas prácticas y del oficio, al punto que el “input” comunitario pareciera ser cada vez menos frecuente, estando únicamente representado por la lógica de la mediación en sí, en que son las partes, supuestamente, las dueñas del conflicto.

Esto es así, en particular aplicable, a nuestro juicio en los países que siguen el sistema jurídico del derecho continental europeo, como Chile, en los cuales la propia ley va exigiendo determinados grados y títulos para poder ejercer y no existen, como en el derecho comparado y del *common law*, mediadores voluntarios provenientes de la comunidad, salvo quizás en ámbitos de los MASC aún no regulados por la ley, como en conflictos vecinales o comunitarios.

Como señala Marshall (1988),

“Si las experiencias de las soluciones informales a los conflictos son monopolizadas por un grupo de saber experto, éstas inevitablemente desembocarán en una cuasi-profesionalización y especialización” que es una de las cosas que se criticaba a la justicia legal formal.

Los riesgos de la “burocratización” de este nuevo sistema son evidentes. Como señala Sanders (1983), uno de los fundadores de un reconocido programa de multipuertas de EE.UU. basado en un tribunal:

“Hay siempre el riesgo real, como con toda innovación administrativa, de que se convierta en la génesis de una nueva burocracia que resulte en la circulación Kafkiana de los individuos de una “puerta” a la otra, sin que haya un genuino esfuerzo por resolver y abordar los reales problemas de las personas involucradas” [4].

[4] Citado en MARSHALL (1988: 34). Traducción libre de la autora.

Es evidente que se avanza en Chile y en diversas partes del mundo hacia una tendencia a la “especialización” y “profesionalización” de los servicios de mediación y conciliación. Con esto no queremos decir que ello sea algo negativo. En muchos sentidos, la necesidad de estándares ha ido surgiendo para prevenir y corregir malas prácticas y en aras de una mejor experiencia de justicia para las partes. Sí nos parece importante advertir que en esta tendencia dos sistemas aparentemente tan diversos como son los MASC y la justicia legal formal, van gradualmente confluyendo y, también, que siempre es importante tener en vista las necesidades y discursos que motivaron el origen del movimiento y la presión hacia el cambio del sistema o paradigma de justicia legal, formal. Esto permite ir continuamente reflexionando hacia dónde se quiere ir con los MASC y hacer los ajustes pertinentes.

□ Por otro lado, y a pesar de estas críticas, los estudios y evaluaciones de estos procesos han mostrado que:

a) La justicia informal ayuda a las partes a negociar conflictos y a fortalecer sus lazos sociales.

b) Para ciertos conflictos, la naturaleza adversarial puede dañar aún más las relaciones. Para otros, no es tan relevante para las partes la naturaleza de la justicia a la que acceden, sino la existencia de alguna forma de justicia (formal o informal) que ayude a las partes a poner término a la violencia.

Esto es así típicamente en los delitos o ilícitos de Violencia Intrafamiliar (VIF), en que muchas veces las mujeres no buscan la sanción tradicional civil o penal en sí, sino que poner término a la violencia y a la vez poder seguir manteniendo una relación con quien las ha agredido.

c) Abel mismo, quien fuera uno de los mayores críticos al movimiento ADR y de la JI, concluyó resumiendo las ventajas de los MASC y JI de la siguiente manera:

“Convocan apoyo tanto de activistas y promotores, como de las mismas partes involucradas en el conflicto porque expresan valores que concitan amplio respaldo: la preferencia por la armonía en lugar del conflicto; por mecanismos que ofrecen acceso igualitario a la justicia a muchos v/s acceso privilegiado a unos pocos; que operan de manera rápida y a bajo costo; que permiten a los ciudadanos participar en la toma de decisiones en lugar de que la autoridad sobre las decisiones quede reservada a los profesionales y expertos; que son procesos percibidos como “familiares” por oposición a “esotéricos” [como puede muchas veces el ciudadano común o lego percibir el funcionamiento de la justicia legal formal]; y que, finalmente, buscan obtener una justicia “sustantiva” o material, en lugar de frustrar dicha justicia en el nombre las formas” (Abel,1982, p.310).

□ Por las siguientes razones, se entiende que los MASC han de concebirse más como “complementarios” que como “alternativos”:

1. No reemplazan a la justicia legal formal, sino que se complementan mutuamente.

2. La razón de su institución no ha de ser meramente instrumental, sino que también basada en razones y consideraciones valóricas y normativas;

3. No menoscaban el derecho ciudadano a acudir a los tribunales, y el Estado debiera continuar haciendo esfuerzos para que la justicia legal formal sea efectivamente accesible a los ciudadanos que pertenecen a grupos o sectores más vulnerables, o para las causas consideradas “menores” o de menor cuantía, pero que son “mayores” para el que las sufre.

Esto último se vincula con la idea del derecho al acceso a la justicia como derecho fundamental, que implica el derecho a acceder a ambos tipos de justicia: la formal, legal y adversarial; y la informal y colaborativa, pudiendo incluso los MASC llegar a plantearse como la respuesta preferente de la política pública y el proceso legal ser la alternativa.

□ Dos elementos adicionales que, a nuestro juicio, distinguen a estos dos sistemas de justicia informal y ADR respecto de la justicia formal -al punto de que se puede hablar de diferentes “paradigmas” de justicia, en el sentido de cómo entiende Kuhn (1970) a los paradigmas, esto es, como crisis de los sistemas o de formas de mirar el mundo y la realidad que conducen a un cambio de mirada o, parafraseando a Zehr, de nuevos “lentes” para observar la realidad, son:

- Los MASC involucran un traspaso del poder de decisión del conflicto (y de la forma de conducción del proceso) desde el/la juez/a y los profesionales del derecho (abogados, fiscales, etc.), es decir, desde el Estado, hacia los individuos, las partes directamente involucradas, el ciudadano común y la comunidad.

Este fenómeno se puede analizar desde muchas aristas.

Una de ellas es **histórica**: desde hace varias décadas estudios históricos, antropológicos y socio-jurídicos vienen planteando que la forma de justicia que hoy conocemos, centrada en el Estado, no ha sido la más predominante en la sociedad, sino que la más extendida en la historia de la humanidad y en las distintas culturas ha sido la llamada justicia comunitaria, que otros denominan justicia privada, justicia informal, etc. Se viene sosteniendo que esta forma de justicia no era tan “bárbara” o violenta como los clásicos del derecho penal y del Iluminismo nos han querido convencer, sino que más bien, lo más común era que esta justicia estuviese basada en la negociación, la conciliación, la compensación del daño, en donde la familia del ofensor negociaba con la familia de la víctima e intentaban llegar a algún acuerdo.

El recurso a la venganza privada, a la violencia, habría sido mucho menos extendido de lo que se ha escrito. Podríamos estar ante un mito fundacional del derecho penal y estatal, en este sentido, consistente en que sin el Estado viviríamos en un estado de guerra permanente. Zehr, por ejemplo, en su libro *Changing Lenses* da cuenta de este tema (Zehr, 1990). Ahora bien, no significa que estas formas de justicia comunitaria no tuviesen, efectivamente, problemas que hoy consideraríamos reprochables o intolerables como, por ejemplo, cuando el caso resultaba ser controvertido, sin poder llegar a acuerdo, los métodos para establecer la culpabilidad eran arbitrarios e inciertos, carentes de garantías; la justicia comunitaria operaba para aquéllos considerados como “iguales”, pues si eran subordinados o siervos, la justicia aplicable podía ser sumaria y brutal; la justicia comunitaria ponía una carga pesada sobre las víctimas, quienes debían iniciar y conducir el proceso; algunas penas o castigos para ofensas consideradas muy graves, podían ser brutales. Es decir, como dice Zehr, no se trata de idealizar ni a la justicia estatal, formal, como si todo el pasado hubiese sido brutal, ni a la justicia comunitaria, como si hubiese sido un estado idílico (Zehr, 1990, p.106). El lento y gradual proceso de formación de los Estados Modernos dio paso, tal como lo sostienen también autores del derecho continental, a una gradual usurpación del conflicto de las víctimas por parte del Estado (primero el conflicto pasó a ser en contra del rey, luego a una entidad más abstracta como la paz del rey, para finalmente pasar a una entidad más abstracta aún, el Estado).

En este proceso se reemplazó la reparación por las multas y sanciones penales que comenzaron a ser perseguidas por el fiscal del rey. Este proceso comienza a hacerse evidente hacia la Baja Edad Media (siglo XI a XV) y se vuelve aún más evidente durante la consolidación del proceso inquisitivo.

Desde esta perspectiva histórica, podemos afirmar que el cambio de paradigma se dio en esos siglos, desde la justicia privada y/o comunitaria a la justicia estatal, y que en el siglo XXI podríamos estar nuevamente frente a un cambio de paradigma, desde la justicia estatal que reemplazó a la justicia comunitaria, a una justicia que retorna a lo privado, a lo comunitario, pero en donde el Estado tiene un rol importante que jugar. Es decir, no es una vuelta atrás en la historia pues, según como ha señalado claramente el sociólogo brasileño B. de Soussa Santos (1980) (1981), una vez que los procesos sociales han sido absorbidos por el Estado, no pueden re-instaurarse en su forma original.

A nuestro juicio, y en esto son de mucha utilidad las herramientas teóricas proporcionadas por la justicia restaurativa, en particular, el modelo maximalista de justicia restaurativa planteado por el criminólogo belga Lode Walgrave (2000), para quien el rol del Estado en este nuevo esquema de justicia restaurativa maximalista (integrada de manera extensiva en el sistema penal) se refleja de la siguiente manera:

El Estado, en la visión de Walgrave, debe:

- Contribuir a crear las condiciones para que se otorgue una respuesta restaurativa al delito.
- Tener un rol subsidiario: permitir que la comunidad resuelva los conflictos en su seno, otorgando, sin embargo, un marco judicial de “salida” para los casos en que la comunidad no puede dar respuesta adecuada, o bien, para controlar los abusos en que pueda incurrir la comunidad,
- En estos casos, el Estado debe asegurar estándares mínimos de justicia en procesos informales de solución de disputas, tales como:
 - Que nadie sea forzado a participar en esos procesos.
 - Que las discusiones sean libres al interior de esos procesos.
 - Que no se vulneren derechos fundamentales.

Cuando un proceso legal formal es necesario, por ejemplo, por razones de interés público o porque la persona imputada niega los cargos: el Estado debe procurar de todas maneras otorgar al ofensor la oportunidad de recibir una respuesta restaurativa a su caso que beneficie a la víctima o a la comunidad. En este último aspecto, las respuestas restaurativas pueden ser variadas, tales como la condena a un servicio en beneficio de la comunidad.

□ ¿Cuál sería el rol del Estado?

En otros ámbitos que no sean el penal, el rol del Estado, a través de su marco de judicatura, cumpliría también un rol similar al señalado en el modelo de Walgrave:

- Ser garante de derechos básicos o mínimos, de salvaguardas fundamentales que no deben ser traspasadas por los procesos informales;
- Ser punto de “salida” del proceso informal cuando las negociaciones no tienen resultado, o una de las partes se ve expuesta a un muy mal acuerdo (por ejemplo, la parte débil);
- Ser siempre una alternativa disponible para las partes, para quien no desee un encuentro personal o negociación directa o indirecta con la otra parte (como derecho fundamental al debido proceso). En este marco, el proceso judicial formal, ocupa efectivamente un rol de “alternativa a” la justicia informal.

□ ¿Cuál sería el rol del juez en este modelo?

En el modelo propuesto, cada juez/a seguiría conduciendo la justicia legal formal cuando el caso no puede ser resuelto por la vía informal o los MASC y, si el caso se resuelve en la vía informal, se debe asegurar un marco de respeto a derechos y salvaguardas básicas de justicia o equidad.

Pero, ¿puede irse un paso más allá y pensar que el/la juez/a también podría concebirse como un “conciliador” (además y complementario a su rol adjudicativo)?

Antecedentes de ello hay en la legislación chilena, en donde se establece la institución del “llamado a conciliación” que debe hacer cada juez/a en los procesos judiciales civiles. Sin embargo, en la práctica, no es claro que, aparte de proponer bases de acuerdo, se aplique técnicas “conciliatorias” destinadas a aunar las voluntades de las partes.

¿Podríamos avanzar hacia allá? ¿Sería deseable y compatible con el rol actual de jueces/zas? ¿Qué cambios o incentivos deberían establecerse en el sistema judicial para que jueces/zas pudiesen tener un mayor rol conciliador en el ejercicio de su función?

□ El segundo y último punto que queremos destacar, donde se advierte un cambio de paradigma, es en la dualidad “necesidades” o “intereses” v/s derechos. Los procesos de MASC son típicamente caracterizados como procesos en los cuales predominan los intereses o necesidades v/s el derecho, y ello tiene múltiples ventajas, entre otras:

- a) La solución es más cercana a lo que quieren las partes.
- b) La solución es flexible.
- c) La solución es ganar-ganar v/s ganadores y perdedores que produce la justicia penal formal.
- d) Favorece el mantenimiento de la relación entre las partes, no la deteriora, no la daña, sino que incluso, a mejora.

Los sistemas de solución de disputas basados en los intereses ponen el foco en los intereses, éste es el punto inicial. Es decir, la declaración, aclaración y posterior iluminación del conflicto en cuestión se hace desde la perspectiva de las necesidades y preocupaciones de las partes interesadas (Constantino y Sickles, 1996). Esto es un contraste con el sistema legal formal, en el que prima el derecho y en donde el foco está puesto en la correcta aplicación de las normas sustantivas y procedimentales. Esta dicotomía lleva a que, en la interacción de los dos sistemas, se produzcan tensiones que a veces no será fácil resolver.

Por ejemplo, ¿hasta dónde debe primar la voluntad de las partes y la satisfacción de intereses en una mediación familiar, si ésta conlleva la no aplicación de alguna norma legal del derecho de familia, como por ejemplo, si se acuerda un monto inferior por derecho de alimentos al mínimo legal? (si hay un hijo, es el 40% del sueldo mínimo). ¿Pueden (o debieran) dejar de aplicarse ciertas normas jurídicas en aras de un predominio de la voluntad de las partes, provisto que éstas entran en la negociación o mediación libre y voluntariamente y en igualdad de condiciones?

Esta pregunta la planteo sobre todo a modo de generar reflexión y debate, y más allá de las prácticas o conocimientos asentados que sobre la materia pueda haber en el ámbito nacional.



CONCLUSIONES

Se ha realizado una reflexión crítica acerca del concepto de **Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos**, dando a entender que, ya sea que se prefiera ese término o uno distinto, como el de Mecanismos Colaborativos de Solución de Conflictos, lo cierto es que el carácter de “alternativos” ha tenido un significado diverso según cuales sean los grupos y/o intereses que los promueven, y ello ha sido así desde los inicios del movimiento MASC o ADR hasta la actualidad.

Asimismo, el presente análisis nos lleva a valorar la necesaria complementariedad de los sistemas formales e informales de solución de conflictos, ya que ambos se benefician mutuamente.

Se han proporcionado, también, elementos que permiten percibir hasta qué punto los MASC representan un nuevo paradigma de justicia, si bien con raíces históricas profundas que anteceden a la formación de los Estados Modernos.

Finalmente, se ha querido motivar a los/as jueces/zas a reflexionar acerca de los beneficios que, para su función y oficio, podría tener el acentuar su rol de conciliadores/as, así como también, acerca de los problemas y obstáculos que un cambio de este tipo enfrentaría en la institucionalidad judicial y los mecanismos que sería necesario implementar para avanzar en esa dirección.

Es de esperar que estas reflexiones puedan dar origen a propuestas concretas de modernización de la función judicial.



BIBLIOGRAFÍA

- Abel, R. (1982). *The Politics of Informal Justice* (Vols. 1-2). New York, NY: Academic Press.
- Adler, P. S. (1993). The Future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a Social Movement. En Merry S. E. & Milner N., *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States* (pp. 67-87). Doi:10.3998/mpub.13313
- Blanco, R., Díaz, A., Heskia, J. & Rojas, H. (2004). Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública. En *Colección de Investigaciones Jurídicas*, 6(1), 3-91.
- Constantino, C. & Merchant, C. (1996). *Designing Conflict Management Systems*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- Díaz, A. [en imprenta] (2019). *Justicia Restaurativa. Primera Parte*. Valencia, Valencia: Ed. Tirant lo[A1] Blanch.
- Santos, B. de Sousa (1980). Law and Community: the Changing Nature of State Power Late Capitalism. En *International Journal of the Sociology of Law*, 8(4), 379, ff.
- Santos, B. de Sousa (1981). Science and Politics: Doing Research in Rio's Squatter Settlements. En Luckham R. (Ed.) *Law and Social Enquiry* (pp. 261-289).
- Fisher, E. (1975). Community Courts: An Alternative to Conventional Criminal Adjudication. En *American University Law Review*, 24(4).
- Fisher, R., Ury W. & Patton B. (1985). *Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Ed. Norma[A1].
- Garland, D. (1997). Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain. En Maguire M., Morgan R. & Reiner R. (Eds.) *The Oxford Handbook of Criminology* (pp.11-56)
- Harrington, C. B. (1985). *Shadow Justice? The ideology and institutionalization of Alternatives to Court*. Westport, CT: Greenwood Press.
- Kuhn, T. (1970). *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Longmire, M. (1981). A Popular Justice System: A Radical Alternative to the Criminal Justice System. En *Contemporary Crises*, 5(1), 15-30.
- Macho, C. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del "movimiento ADR" en Estados Unidos y su expansión a Europa. En *Anuario de derecho civil* (Vol. 67, N°3, pp. 931-996).



BIBLIOGRAFÍA

Marshall, T. (1988). Out of Court: More or Less Justice?. En Matthews, R. (Ed.) *Informal Justice* (pp. 25-50).

Matthews, R. (1988). Reassessing Informal Justice?. En Matthews, R. (Ed.) *Informal Justice* (pp. 1-24).

Trubeck, D. (1984). Turning away from Law?. En *Michigan Law Review*, 82(4), 824-835.

Vargas, J. E. (s.f) Problemas de los sistemas alternos de solución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial. En *Revista Sistemas Judiciales*, 2(1), 1-11.

Walgrave, L. (2000). Extending the victim perspective towards a systemic restorative justice alternative. En Crawford, A. & Goodey, J. (Eds) *Integrating a Victim Perspective within criminal justice: international debates*. (pp. 253-83). Aldershot: Ashgate.

Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: A new focus for crime and justice*. Scottdale, PA: Herald Press.

La Conciliación: modelos y técnicas

Isabel Ximena González Ramírez

Abogada, Magister en Derecho Penal Sustantivo y Procedimental.

Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires

Directora Centro de Mediación, Negociación y Arbitraje Universidad Central

I. INTRODUCCIÓN

La Judicialización es un fenómeno que ha ido aumentando sostenidamente en Chile, siendo actualmente la más alta en Latinoamérica. Sin embargo, el sistema procesal debe ser selectivo y operar solo en aquellos conflictos que a las partes no les ha sido posible resolverlos colaborativamente y en situaciones en que exista un desequilibrio de poderes de tal magnitud que todo profesional que interviene en el proceso de resolución, como mediador/a o conciliador/a, no logró resolver con el uso de técnicas adecuadas para igualar el poder entre las partes, debiendo entonces intervenir un tercero con autoridad para resolver el conflicto.

Ahora bien, las reformas procesales han aportado soluciones parciales para agilizar la jurisdicción, incorporando mecanismos de gestión colaborativa en muchos procedimientos, en algunos incluso de forma previa y obligatoria al ejercicio de la acción judicial, como es el caso de algunas materias del derecho de familia y en salud en casos de negligencia médica. Pero aun así el principio de inexcusabilidad obliga a tribunales conocer asuntos aun sin controversia real.

Los mecanismos de solución de conflictos, también llamados de resolución alterna, tales como la negociación, conciliación y mediación, evitan el proceso jurisdiccional, o le pone fin a éste; la mayoría de las veces mediante un acuerdo que tiene mérito ejecutivo y es equivalente jurisdiccional a una sentencia; acuerdo entre las partes, que cuando es logrado mediante el mecanismo de mediación, según los últimos estudios de la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile, tiene un alto porcentaje de cumplimiento de sus acuerdos, siendo su sustentabilidad mayor que el cumplimiento voluntario de las sentencias [1].

El acuerdo obtenido hoy en un proceso de conciliación, que es más bien un trámite al que se le dedica un corto espacio de tiempo y en el que se ocupan escasas técnicas de conciliación, por el reducido tiempo en que se desarrolla y la poca valoración que se le da en la evaluación de las metas de la magistratura, evita actualmente una gran cantidad de horas de trabajo, en recepción de prueba, elaboración de fallos y recursos; tiempo que podría focalizarse de mejor manera, si se invirtiera más tiempo y valoración a estos procesos que

[1] Revisar en <https://www.mediacionchile.cl/sitioumed/quienes-somos/>

podrían aumentar la cantidad y calidad de acuerdos y preservar las relaciones futuras entre las partes, razón por la cual debiera valorarse en el Poder Judicial en mayor medida un acuerdo cumplido y logrado mediante un proceso de conciliación.

Hoy en día muchos países incluyen en los contratos comerciales y civiles una cláusula compromisoria de resolución alterna, que establece que son previos, obligatorios al juicio y regulados legalmente.

Dentro de los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos, ya mencionamos que los más conocidos son la negociación, mediación, la conciliación y el arbitraje. En este documento trataremos sobre la **conciliación** que es el único mecanismo reconocido formalmente para ser usado dentro del proceso judicial, que es utilizado masivamente y como requisito para la validez del procedimiento judicial.

Formas de solucionar los Conflictos



La Ley 19.334, que reformó el Código de Procedimiento Civil, establece la conciliación obligatoria en la generalidad de los procedimientos civiles. Este método se encuentra reglamentado en los artículos 262 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, teniendo actualmente carácter obligatorio en los juicios ordinarios. A su vez, también en los procedimientos en materia de familia y laboral se establece la conciliación como un acto procesal ineludible.

Finalmente, en el procedimiento arbitral el/la juez/a está facultado para invitar a las partes a conciliar sus diferencias.

La conciliación es un medio auto-compositivo, de carácter judicial o extrajudicial, asistido por un tercero imparcial y destinado a poner término a un litigio pendiente al que se ha definido como:

"El acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce del proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin a este, por mutuo acuerdo" (Colombo Campbell, 1991).

El procedimiento es informal pero inmerso en uno formal, donde las partes deciden sobre un acuerdo voluntario con un marco propuesto en las bases del tercero (transacción). El tercero tiene autoridad, y convoca a las partes, debiendo actuar con Imparcialidad, pero generalmente existe protección a la parte más débil.

La conciliación consiste en el llamado que hace cada juez/a o árbitro a las partes para que resuelvan el conflicto a través de un acuerdo. Este llamado se produce una vez terminada la etapa de discusión, y cuyo objeto es proponerles las bases para un posible acuerdo. El conciliador debe ajustarse en su propuesta solo a los puntos sustanciales y controvertidos planteados en los escritos de discusión de las partes, sin que las opiniones que emita el/la juez/a al efecto sean causales de inhabilitación para juzgar con posterioridad sobre el asunto. Si, propuestas por el/la juez/a las bases para un arreglo, éstas no son aceptadas por las partes, continúa el juicio respectivo.

Producida la conciliación, sea ésta total o parcial, deberá dejarse constancia de ella en el acta respectiva, estimándose lo conciliado como sentencia con mérito ejecutivo.

El conciliador debe proceder conforme a los principios de equidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, simetría de poder, buena fe, veracidad, celeridad, economía y voluntariedad.

□ Se puede clasificar la conciliación conforme a la oportunidad en que esta acontece:

- La **conciliación extrajudicial** es prejudicial, previa al juicio y realizada por un profesional con expertis en el mecanismo, que generalmente no es juez/a.
- La **conciliación judicial** es un medio alternativo a la resolución del conflicto y una forma especial de conclusión del proceso judicial. El tercero que dirige esta conciliación es el/la juez/a 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 legalidad.

II. CARACTERÍSTICAS

La conciliación en el proceso judicial se puede realizar a propuesta de cualquiera de los sujetos de la relación procesal luego de la oportunidad establecida en el juicio: las partes pueden solicitar su realización en cualquier estado del proceso, mientras no se haya emitido sentencia, y asimismo, el/la juez/a también puede instar por ella en cualquier estado el proceso.

El proceso de conciliación en Chile y la experiencia comparada de países Latinoamericanos como Colombia, Perú y Bolivia, nos permite decir que es un mecanismo colaborativo de resolución de conflictos que se usa en instancias tanto judiciales y extrajudiciales, conducido, por un/a juez/a en el primer caso y en el segundo por funcionarios públicos o privados, que guían el proceso manejando técnicas comunes a otros mecanismos colaborativos como la negociación y mediación.

“Conciliar” procede del vocablo Latino “*Conciliare*” que significa: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.

La facultad que tiene el conciliador de sugerir opciones para la solución del conflicto que se intenta resolver, es lo que diferencia al mecanismo de la conciliación del proceso de mediación, dado que el mediador acerca a las partes del conflicto, promoviendo el diálogo entre ellas y procurando que sean las partes, como protagonistas del proceso, quienes propongan y encuentren una solución conforme a sus intereses y necesidades sin que el mediador plantee sugerencias de solución.

La conciliación, es una negociación asistida en la que se emplean técnicas propias de la negociación, mediación y comunicación, teniendo como facilitador a un tercero neutral (Caivano, 1998). En realidad, debiéramos decir imparcial, debido a que el termino neutral en estos procesos es discutible, ya que es imposible que quién guía estos procesos tenga un rol absolutamente neutral, más bien lo que existe es una neutralidad multidimensional, donde el conciliador intenta empatizar con los relatos, historias, culturas y valores de cada una de las partes y las propias (Valdebenito, C. y Donoso, M. P., 2018).

La conciliación se caracteriza por ser un proceso informal en donde las partes asistidas por el conciliador se comunican en forma activa a fin de lograr un acuerdo y mejorar sus relaciones. Este tercero imparcial promueve el diálogo y ayuda a las partes a encontrar solución a sus controversias (Caivano, Roque y otros, 1998). El conciliador tiene la facultad de sugerir opciones de solución, pero las partes mantienen en sí el poder de decisión sobre el acuerdo final.

Sin perjuicio de tratarse la conciliación de un proceso informal, tiene etapas bien determinadas, con 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 partes (Romero Gálvez A., 2003).

En el caso de Bolivia existe un Reglamento de conciliación elaborado con el apoyo suizo, en que la conciliación es obligatoria y previa para la mayoría de las acciones, como requisito de procesabilidad, mecanismo que puede ser extrajudicial o judicial y procede a petición de parte o de oficio por el Tribunal, en materias de derecho disponibles.

Donde la presencia de las partes es indispensable, no así la de abogados/as. Y en que el acta de conciliación tiene valor de cosa juzgada, la que resuelve total o parcialmente el conflicto, entre todas o algunas de las partes (Buitrago Vivas Franklin, 2013). Institución que comparte mucha de las características de la conciliación en Chile.



a) La Mediación

Muchas de las técnicas y modelos de la mediación son usados en forma frecuente en la conciliación, por eso trataremos brevemente la mediación, entendiendo por ésta, según el Título V, artículo 103 de la Ley 19.968, de Tribunales de Familia del año 2004, que es:

Sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial sin poder decisorio llamado mediador ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdos.

El mediador colabora con las partes a gestionar los conflictos, identificando los puntos en disputa, facilitando la comunicación, permitiéndoles dar una nueva interpretación a los hechos y guiando el proceso para que se encuentren vías de solución creativas.

Es un proceso estructurado para que dos o más personas enfrentadas por un conflicto, entiendan mejor su situación y busquen, por ellos mismos un acuerdo que solucione el conflicto satisfactoriamente para todas las partes.

Puede aplicarse en la fase inicial del conflicto y de esta forma el acuerdo se puede alcanzar más rápido que en un litigio o en un arbitraje, no agrava el conflicto o quiebra relación entre las partes a futuro al no existir vencedores ni vencidos y se reducen costos emocionales y materiales. Hay un tercero imparcial y neutral que acerca a las partes pero no propone ni decide. El poder decisional descansa en las partes que concentran el poder, en igualdad de condiciones. Las partes participan voluntariamente y colaboran en el proceso de mediación. Las decisiones son basadas en las necesidades de las partes. El resultado está centrado en el proceso e incluye que ambos ganen. Su objeto no solo es lograr un acuerdo sino también mejorar la relación entre las partes. Los mediadores son ministros de fe respecto al acuerdo de las partes y su firma. La mayoría de los acuerdos se cumplen voluntariamente por las partes porque son determinaciones que ellas han tomado, donde ven reflejadas sus necesidades.

Este proceso entrega herramientas a las partes para mejorar la comunicación entre los involucrados en el conflicto, mejorando su relación personal fomentando el protagonismo de las personas a través de la participación y responsabilidad en el proceso y resultados, razón por la que constituye una instancia de aprendizaje en el manejo y resolución de los conflictos.

□ **Los principios de la mediación**, se encuentran en el artículo 105 de la ley 20.286, del 15 de septiembre de 2008.

Estos principios pueden ser también aplicados a la conciliación, así el mediador y conciliador deberá velar por que se cumplan durante todo el proceso los siguientes principios:

- **Voluntariedad.** Las dos partes implicadas en el conflicto tienen libertad para incorporarse en el proceso, permanecer en él, proponer y adoptar acuerdos, y para retirarse del proceso en cualquier momento.
- **Confidencialidad.** El mediador o conciliador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación, no podrá revelar su contenido a menos que las partes, de común acuerdo, lo autoricen; no está obligado a prestar declaración en juicio, salvo en el caso de la mediación la excepción art. 105, lo que también es aplicable a la conciliación.
- **Imparcialidad o Neutralidad.** Debe ser un proceso justo, libre de prejuicios o favoritismos. El mediador o conciliador no puede estar involucrado en el conflicto de modo directo o indirecto. La neutralidad debe ser multidireccional: respetar los valores y creencias que afectan a cada una de las partes y tener conciencia de aquellos que pueden comprometer al mediador o conciliador.
- **Equilibrio de poder o Igualdad:** Significa que ninguna de las partes puede abusar de la situación de inferioridad de la otra, de su error o ignorancia para lograr un acuerdo.

Quien guía el proceso se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, adoptará las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio a través del uso de técnicas de re-encuadre, connotación positiva, legitimación, empoderamiento o sesión privada. Si no es posible, declarará terminada la mediación.

También deberán velar porque se tome en consideración el interés superior del niño/a, para lo que deben asegurarse de que se le considere presente en todo el proceso, pudiendo invitarle a participar si es necesario y si su desarrollo evolutivo lo permite.

Asimismo, deben respetarse las opiniones de terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, para lo que podrá citarlos.

b) La Negociación

Otro mecanismo que es parte integrante del proceso de conciliación en forma permanente es la negociación. Entendemos por negociación el proceso en que dos o más partes que están en conflicto pretenden encontrar un acuerdo en materia de interés común.

Es voluntaria, informal y no estructurada, no hay un tercero imparcial, son solo las partes las que intervienen y deciden.

La negociación es un acuerdo solo entre las partes, según artículo 2446 del Código Civil, y puede terminar en una transacción por escritura pública que termina el litigio pendiente, o precave un litigio eventual.

La habilidad de los negociadores no consiste en tener ideas brillantes y hacer propuestas desconcertantes en la mesa de negociación, sino llevar todo el proceso bien preparado, articulado y previsto desde el comienzo hasta el final, sin dejar nada al azar o a decidir en la mesa de negociación (Munduate, Martínez, 2003, p. 73).

En la negociación, el plan estratégico está constituido por un conjunto de actividades coherentes e integradas, dirigidas a la consecución de sus objetivos (Ib.: p. 73). El plan estratégico se orienta a la programación y diseño de todo el proceso de negociación. Es la fase más relevante del mismo, la clave del éxito (Ib.: p. 74).

La preparación de la negociación consiste en obtener información y claridad sobre los intereses, aspiraciones, resistencias, alternativas de las partes. Su preparación debe considerar que la finalidad 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.

El primer encuentro es la **fase exploratoria**: se administran los primeros elementos de información, se recogen elementos para discutir y valoran en el seno de las propias organizaciones, las partes manifiestan sus exigencias y los argumentos centrales que dan sentido y coherencia a las posiciones que defienden. Esta fase comienza a plantear los **dos grandes dilemas de la negociación**: la confianza y honestidad. Esta fase se caracteriza por la manifestación del fuerte antagonismo entre las partes.

Dependiendo del grado de complejidad del problema, puede ser útil negociar el proceso que se pretende llevar a cabo, fijando las reglas metodológicas (Serrano, Rodríguez, 1993).

La dinámica de negociación propiamente tal es el momento central de la negociación, en que ya de manera sistemática se expresan las ofertas y contraofertas, cesiones, intereses y/o presiones. Es un momento fundamentalmente táctico y dinámico que puede o no caracterizarse por la existencia de concesiones recíprocas, dependiendo si la negociación es cooperativa, según principios (Fisher, Ury, Patton, 2012), o es competitiva o basada en posiciones.

Fase de resolución o acuerdos: culmina el proceso de negociación. Si los acuerdos son satisfactorios, verificables y efectivos, puede resolverse el conflicto y sentar bases positivas para futuras negociaciones.

Las dos **técnicas de cierre** recomendables son:

- El cierre con concesión (concluir mediante concesiones relevantes para la otra parte) y
- El cierre con resumen (relatando los acuerdos e intercambios).

Negociación cooperativa (Fisher, Ury, Patton, 2012).

- **Intereses:** concéntrese en los intereses, no en las posiciones. Pregunte ¿por qué?, ¿por qué no?
- **Opciones:** genera una variedad de posibilidades antes de decidir a actuar.
- **Invente opciones de mutuo beneficio:** pregunte ¿qué tal si...?
- **Criterios:** insista en que el resultado se base en algún criterio objetivo, independiente de su voluntad.
- **MAAN:** conozca su mejor alternativa a un acuerdo negociado.
- **Comunicación:** escuche atentamente, sea efectivo en la transmisión de los mensajes, claridad.
- **Precisión:** ¿La manera en que se comunican las partes ayuda o interfiere con su capacidad de manejar constructivamente conflicto? ¿Se han implementado mecanismos para confirmar que lo que se entiende es realmente lo que se quiso decir?
- **Relación:** piense en el largo plazo. Reconozca los intereses de la otra persona. ¿Las partes están prestando atención al tipo de relación que quieren tener en el futuro?
- **Compromiso:** verifique que los acuerdos sean realizables, y las condiciones de cumplimiento.

Tácticas sucias de negociación

Existen algunas tácticas sucias que se aplican generalmente la negociación competitiva, tales como: (Fisher, Ury, Patton, 2012).

1. **Engaño sobre el poder de decisión:** durante todo el proceso de negociación, dos personas han ido avanzando en cada una de las etapas, sin embargo, al llegar al minuto en el que se deben sellar los compromisos por escrito, una de las partes le comunica a la otra que debe consultar con otra persona los términos definitivos del potencial acuerdo, puesto que ésta tiene la última palabra.

2. **Amenaza de retirarse de la mesa de negociación:** cuando todo parecía estar listo para firmar el acuerdo, una de las partes pretende obtener una última “mascada” y alcanzar un beneficio no discutido previamente. Normalmente esta petición va envuelta bajo la amenaza de retirarse de la negociación, impidiendo cualquier acuerdo.

3. **Presión indebida para firmar un acuerdo:** una de las partes le hace ver a la otra que se debe alcanzar un acuerdo con rapidez, puesto que más tarde la negociación perdería su razón de ser.

4. **Mostrar el MAAN [2]:** con la intención de debilitar las estrategias de la contraparte una de las partes explica las ventajas de su MAAN (sin escatimar en exageraciones).

5. **Una de las partes se esmera en hacer que la otra persona se sienta incómoda o intimidada:** como por ejemplo, con el lugar o ambiente, el horario, el protocolo, las reglas de etiqueta, o la situación, etc.

6. **Simular ignorancia:** obstaculizar una negociación señalando desconocimiento de conceptos claves o términos de referencia que no comprende, prolongando el tiempo para tomar una decisión.

7. **División de roles en el equipo negociador:** al sentarse a negociar, una de las partes se divide las tareas otorgando roles a sus integrantes; uno se presenta como un negociador duro que amenaza y agrede, mientras el otro se muestra como más amigable y componedor. Parecida a la técnica del frente ruso, se proponen dos salidas una mucho más mala que la otra, lo que lleva a aceptar la menos mala.

8. **Utilizar los medios de comunicación:** los negociadores deben aprender a identificar las tácticas sucias a tiempo. Quizás con la colaboración de un “observador”. Hay que referirse a la táctica sucia identificada, mencionar a la contraparte la molestia y hacer ver que, si se pretende negociar en base a principios para satisfacer los intereses, lo mejor es privilegiar la “relación” y la buena “comunicación”.

Frente a ellas no se debe perder el control (evitar reacciones temperamentales). Lo que produce una escalada en el conflicto que lo hace cada vez más difícil de solucionar. Lo primero es evaluar si nos conviene o no seguir negociando. ¿Cuál es nuestro MAAN? En caso que optemos por mantenernos en el proceso debemos estar alertas a numerosas tretas. En el caso que sea de nuestro equipo, pedir disculpa, retirar a la persona, devolver la ganancia.

[2] Mejor alternativa a un acuerdo negociado.



III. LA FUNCIÓN DEL CONCILIADOR

Rol del Juez en la Conciliación

El juez o jueza debe revisar la causa, el contenido de la demanda, y de la contestación en su caso, y demás escritos presentados por las partes en la etapa de discusión del juicio, y en virtud de estos antecedentes proponer bases de arreglo con acento en el futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de colaboración que inspira algunos procedimientos faculta al juez para buscar durante todo el proceso alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

Aun cuando la conciliación es el resultado del acuerdo de voluntades de las partes, que son los sujetos activos del proceso, también el conciliador cumple una función fundamental dependiendo de su actuación el éxito del proceso conciliatorio (Buitrago, 2013). Para lo anterior requiere ser experto en el manejo de las técnicas de comunicación, negociación, mediación y las referidas al proceso conciliatorio. Por esta razón es que el conciliador debiera tener formación en los procesos y técnicas de conciliación (Romero, 2003).

El método, las técnicas y las etapas que utiliza el conciliador en la conducción de una audiencia de conciliación generalmente están inspirados en los llamados modelos conciliatorios que son diseños de conducción, cuyo uso depende de la experiencia de cada conciliador y la naturaleza del tema que concilia (*Ibidem*). Es así como podemos afirmar que es la metodología la que integra los elementos de la conciliación para obtener un resultado exitoso. Por elementos entendemos los principales pilares sobre la que se estructura este mecanismo: las partes, el conciliador en su desempeño personal y profesional; el conflicto que debe resolverse; y el procedimiento que se estructura en etapas, en las que se utilizan diversas técnicas.

La metodología de la conciliación está compuesta por el procedimiento usado, sus etapas y técnicas, a la que llamamos **modelos de conciliación**, que provienen de los modelos usados para el mecanismo de mediación y algunos de la negociación, los que difieren entre sí y entre los que podemos distinguir:

- a) El Modelo Tradicional-Lineal de Harvard;
- b) El Modelo Transformativo de Bush y Folger; y
- c) El Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb,

Las que según M. Soares, forman un continuum (Soares, Marinés, 2002, p.59).

Uno de los más importantes roles del conciliador es disminuir las diferencias entre las partes, entendiendo que los conflictos surgen porque las personas tienen diferencias; por lo tanto, si se anulan o disminuyen las diferencias se terminará o se aliviará el conflicto (Buitrago, 2013). El conciliador debe trabajar para aumentar las semejanzas, los valores, los intereses comunes de las partes del conflicto. (Diez, Tapia, 1990).

Así el conciliador debe:

- Promover un proceso de comunicación eficaz y constructivo entre las partes.
- Conducir el procedimiento en un clima de respeto permitiendo el protagonismo de las partes.
- Acoger e intervenir los procesos emocionales de las partes.
- Generar un proceso de negociación colaborativa.
- Promover procesos de responsabilización en el conflicto.
- Equilibrar el poder cuando es necesario.
- Ayudar a las partes en la toma de decisiones promoviendo procesos de reflexión sobre las posibilidades de solución al conflicto.
- Escuchar, sin interrumpir. Hablar, sin faltar al respeto, neutralizar, poner límites.
- Intentar cooperar a fin de llegar a un acuerdo.



IV. MODELOS

Los modelos de conciliación comprenden su metodología, las etapas del proceso y las técnicas usadas para la conducción de este mecanismo de solución colaborativa de conflictos (Slaikeu, 2003). Existen diversos modelos o métodos para resolver conflictos en forma eficaz. Rafael Romero Gálvez, en su obra *Tratado de Gestión de Conflictos, -Negociación Directa y Asistida-, Conciliación: procedimiento y técnicas de conciliación*, ha tratado los modelos tradicionales de la mediación, desde el punto de vista de la conciliación, adaptándolos a este mecanismo.

Modelo Tradicional-Lineal de Harvard:

El objetivo de este modelo es lograr un acuerdo satisfactorio para los intereses de las partes; procura, además, que las partes preserven o mejoren su relación interpersonal, mediante una comunicación en sentido lineal (Fisher, Roger y URY, 1985). Las partes que se encuentran en un plano de igualdad son acompañadas por un tercero imparcial, el conciliador, quien facilita su encuentro, identificando los intereses que tienen en común, para que ellas de manera conjunta resuelvan el conflicto que los trae al proceso, mediante un acuerdo justo y racional, en que ambas partes ganan y ceden derechos (Buitrago, 2013).

Busca transitar del caos al orden, con la ayuda de un mediador o conciliador imparcial, para lograr un acuerdo rápido entre las partes, haciendo desaparecer las diferencias, no modificando los patrones de interacción.

Este modelo nace de un proyecto de investigación sobre negociación de la Universidad de Harvard, en el año 70, sus autores son Fisher y Patton. Se inicia en el ámbito comercial y judicial. Posteriormente en Latinoamérica se amplía a la mediación familiar. Sus autores hablan de negociación de las diferencias, siendo un proceso colaborativo, con ayuda de un tercero imparcial. Su objetivo es resolver el conflicto consiguiendo un acuerdo en el nivel de contenido que permita satisfacer los intereses de las partes. Este modelo concibe al mediador como regulador de comunicación lineal entre las partes, dirige la conversación y ordena el diálogo efectivo, logrando que se escuchen ambas partes.

Este modelo distingue en su metodología las siguientes orientaciones para resolver un conflicto:

1. **Separe a las personas del problema.** No busque culpables, busque soluciones. Sea suave y respetuoso con las personas y duro con el problema;
2. **Concéntrese en los intereses y no en las posiciones,** ya que es más probable encontrar semejanza en los intereses que en las posturas o posiciones;
3. **Genere varias opciones y posibles propuestas** que posibiliten lograr acuerdos;
4. **Insista en que el acuerdo se base en algún criterio objetivo** que lo haga justo y razonable;
5. **En caso de no llegar a un acuerdo negociado,** ¿Qué pueden hacer cada una de las partes para satisfacer sus intereses y necesidades? Se le conoce como el MAAN;
6. **Logre un acuerdo como solución integradora,** es decir, lograr un acuerdo que satisfaga los intereses y necesidades de todas las partes. (Fisher, Roger y Ury, 1985).

□ El Modelo Transformativo:

Este modelo, a diferencia del anterior, hace énfasis en la comunicación y en las relaciones interpersonales de las partes, más que en el acuerdo. Lo relevante no es lograr un acuerdo, sino que las partes descubran sus propias habilidades de resolución de conflictos, promoviendo su revalorización (*empowerment*) a fin de que puedan responsabilizarse y ser protagonistas de sus decisiones (Baruch Bush, Robert y Folger, Joseph, 2006). El objetivo del modelo es que las partes se reconozcan entre sí como protagonistas en su proceso de resolución, lo que hace mediante técnicas como intervenciones circulares y legitimaciones entre las partes. Este modelo es útil en aquellos casos en que estén involucradas las relaciones personales (Buitrago, 2013).

Sus creadores son Bush y Folger en 1994, quienes profundizan en el mecanismo de la mediación, que también puede ocuparse en la conciliación, creando un modelo que no solo intenta tratar de llegar a acuerdo respecto a los intereses, sino conseguir transformar las formas de relación que mantienen y que dieron lugar al conflicto.

El modelo se centra en el tipo de relación que poseen las personas y busca potenciar el desarrollo de cambios a partir de una experiencia conflictiva. Entiende el conflicto como **condición inherente a las relaciones humanas, como una oportunidad de crecimiento y cambio**.

El modelo y sus técnicas proponen un intercambio empático entre las partes para superar la hostilidad y mantener un clima de confianza mediante una relación abierta y constructiva. Busca la posibilidad que tienen los intervinientes de modificar pautas de conducta solucionando no solo el problema puntual, sino adquiriendo destrezas para futuros conflictos.

El método que usa el mediador o conciliador señala incongruencias entre las formas verbales y no verbales de comunicación que manifiestan las personas. Mostrar cómo la ingenua transmisión de información y contenido modifica la relación y condiciona a partir de allí la posterior emocionalidad con que la persona responde, realizando preguntas circulares que pone en evidencia los efectos y emociones que los actos de comunicación tienen sobre los demás. Emplear técnicas de re encuadre y redefinición de los contenidos, modos de interacción y comunicación para mirar el conflicto, de modo tentativo al actual.

□ El Modelo Circular-Narrativo:

Deriva de la terapia sistémica, trata más con parejas y familias que con individuos. Sus creadores son Sluzki y Sara Cobb en 1992. Concibe la mediación, y también puede usarse en la conciliación, como una instancia en que las personas puedan transformar su historia conflictiva y dinámica confrontacional, para que, desde allí, a través de la **conversación** comiencen a construir acuerdos, generando **nuevas narrativas**. Parte asumiendo el significado de cada narrativa y crea una nueva.

Como objetivo, se propone generar nuevas narrativas que hagan emerger significados distintos respecto al problema inicial, de manera que la disolución más que las resoluciones se hagan posibles a través del diálogo.

Técnicas del modelo Narrativo: son recursos conversacionales del mediador, verbales y no verbales que ofrecen a las partes la capacidad para crear conversaciones novedosas e indagar nuevas perspectivas puestas al servicio de ambos. No se trata de modificar la historia que la gente trae, sino de buscarle nuevos significados que permitan lecturas menos confrontacionales o dolorosas, que posibiliten el acercamiento y el alcanzar acuerdos posibles.

La resolución del conflicto mediante el logro de un acuerdo es uno de los objetivos de este modelo, junto con la transformación de las relaciones interpersonales de las partes (Coob, 1997). La función del conciliador es ofrecer a las partes la posibilidad de interpretar la realidad de otra manera distinta a la que las lleva al conflicto. Este modelo focaliza su trabajo en las narraciones que trae la gente a la conciliación. Hay que transformar las historias conflictivas en otras que sean más positivas y que permitan a las partes salir de sus posiciones. El conciliador debe ayudar a las partes a hablar en forma diferente para que interactúen en distinta forma y logren cambios que posibiliten vías de acuerdos (Buitrago, 2013). Se debe primero cambiar la forma de comunicación entre las partes de una forma defensiva y agresiva hacia una de respeto y aceptación, la que redefinirá una relación distinta a la que traían al iniciar el proceso, promoviendo entre ellas el entendimiento y la colaboración, para encontrar nuevas formas de solución al conflicto.

El rol del conciliador durante el proceso de conciliación en este modelo es:

- (1) Fomentar la reflexión;
- (2) Transformar las historias que traen las partes a la conciliación y construir una historia alternativa que permita ver el problema desde otro ángulo; y
- (3) Lograr un acuerdo, aunque éste no sea la meta principal.

Para lograr estos objetivos, se requiere efectuar un análisis de las historias que traen las partes a la conciliación, pues las historias se relacionan con la forma que tienen las partes de observar la realidad. Para analizar la historia se requiere:

- (1) Conocer el significado que las personas atribuyen a hechos y actitudes de otros;
- (2) Conocer las relaciones que se dan entre las partes: y
- (3) Conocer el contexto, la cultura, los mitos, los valores de las partes (*Ibídem*).

Este modelo considera cuatro etapas: (Coob, S., 1997).

1. Reunión conjunta inicial entre las partes y el conciliador. Aquí se definen las reglas que regirán al proceso, las normas de conducta y algunos principios como la confidencialidad, imparcialidad, el protagonismo de las partes en la solución del problema, el carácter voluntario de la conciliación que implica que las partes deciden si permanecer o retirarse en cualquier momento del proceso de conciliación (Romero, 2003).

2. Reunión privada con cada una de las partes por separado. Se indaga acerca del conflicto que afecta a las partes y cada cual cuenta su historia. El conciliador debe ayudar a que cada participante defina el conflicto desde su punto de vista, evitando generalizaciones. Se indaga sobre el origen, desarrollo, soluciones intentadas, etc. El conciliador realiza parafraseo de lo dicho por la parte y al final hace resumen de la historia relatada para que cada parte sienta que ha sido escuchada y entendida. Luego de conocido el problema se investiga sobre las posiciones, las peticiones o demandas, necesidades, intereses, recursos y posibles soluciones que plantea cada parte (*Ibídem*).

3. El conciliador analiza cada historia y construye una historia alternativa.

4. Reunión conjunta. El conciliador se reúne con las partes. En esta etapa se trabaja redefiniendo las relaciones entre las partes y el diseño del acuerdo. (Ledesma y Marianella, 2000).

Sin perjuicio de que en la conciliación realizada por instituciones conciliadoras o funcionarios privados y públicos suelen usarse estos tres modelos clásicos, generalmente se da un modelo ecléctico, que tiende a vincular los tres modelos, adaptándolos al estilo del conciliador y el tipo de casuística que se presenta en el caso en particular en los que el conciliador aplica un rol de facilitador, a diferencia de cuando son abogados o jueces los conciliadores, que ocupan un modelo más evaluativo, estilo que es usado para definir perfiles de los mediadores; entendiéndose por **estilo facilitador el que enfatiza las necesidades e intereses de las partes y refuerza el concepto de auto-empoderamiento.**

El facilitador debe ser capaz de realizar esta tarea mientras mantiene su neutralidad e imparcialidad, especialmente cuando no contribuye con información sustantiva y el objetivo final es resolver problemas en lugar de resolver el conflicto. (Carpanchai, 2018).

Algunos estudiosos critican al mediador facilitador porque su pasividad puede llevar a un equilibrio desigual de poder entre los participantes, permitiendo a la parte más fuerte controlar a los más débiles (*Ibíd.*).

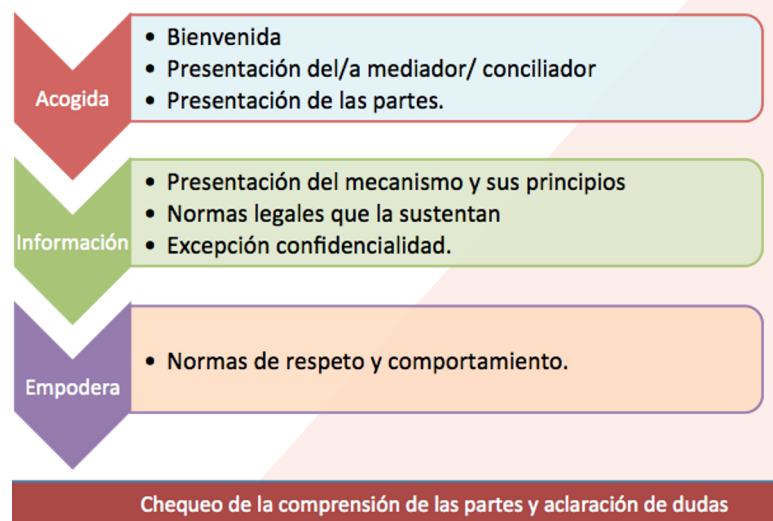
Sin embargo, si el mediador intenta equilibrar el poder entre los participantes, sin duda que asumirá un papel más parcial que se ha llamado estilo evaluativo, el que muchas veces cruza el límite de la neutralidad e imparcialidad, porque cualquier evaluación de una disputa favorecerá a una parte en detrimento del otro.

También cuando el conciliador protege a la parte más débil, como protector puede intentar asegurar un resultado justo, lo que también puede poner en peligro su imparcialidad (*Ibíd.*).

El **conciliador evaluativo** centra el diálogo en las posiciones legales de las partes para tratar de aproximarlas. Esas posiciones quedan definidas incluso desde el principio, ya que generalmente solicita que las partes le entreguen antes de su comienzo un escrito de posiciones con las últimas ofertas cruzadas en su previo intento de negociación bilateral, o en el caso de la conciliación judicial los escritos de demanda y contestación, replica y duplica (*Ibíd.*).

Este estilo evaluativo prescinde en gran medida de la investigación sobre los intereses y necesidades subyacentes de las partes. La negociación se da en un nivel puramente técnico-jurídico. Lo que determina el gran protagonismo de los abogados de las partes, que resultan así ser los interlocutores fundamentales de la negociación. En el proceso el conciliador evalúa las fortalezas y debilidades de cada parte en el caso y las ventajas del acuerdo sobre la vía de los tribunales (*Ibíd.*).

Componentes del Discurso



V. EL MÉTODO PARA LA CONCILIACIÓN

A partir de las finalidades y estrategias que se utilizan en cada uno de los modelos, es necesario determinar qué aspectos de estos métodos son más útiles de aplicar a cada caso en el que se utiliza la conciliación, e identificar qué modelo puede ser más adecuado para la situación en particular. Lo anterior requiere un análisis de los conflictos que se presentan, de su naturaleza, también de la forma como las partes perciben su situación jurídica, la manera como se relacionan y la trascendencia que tenga su valoración económica para ellas (Buitrago, 2013). Pero sin duda también cada conciliador debe evaluar su propio estilo de dirigir la conciliación, conforme a su perfil y características de personalidad, lo que determinará el uso de un modelo determinado.

Por ejemplo, en los asuntos civiles y comerciales susceptibles de conciliación que se refieren generalmente al desconocimiento, menoscabo o vulneración de derechos y obligaciones patrimoniales de personas en igualdad de condiciones, que tienen su base en la autonomía de la voluntad y la ley, pareciera ser más adecuado el uso del Modelo Tradicional Lineal de Harvard en sus procesos de conciliación, ya que éste tiene como objetivo un acuerdo que satisfaga intereses y necesidades de las partes (*Ibidem*). Sin embargo, cuando no existe reconocimiento del otro, no puede aplicarse ese método de forma pura, por lo que es necesario incorporar metodología y técnicas de otro de los modelos que le permitan al conciliador lograr sus objetivos, realizando otros roles o funciones, que no desnaturalizan el método, pero que sí lo hacen más eficaz para que las partes modifiquen o transformen sus relaciones interpersonales y su forma de comunicarse, como lo propone el Modelo Transformativo, sin lo cual no es posible llegar a un acuerdo conciliatorio, impulsando la reflexión de las

personas, para transformar las historias que traen las partes a la conciliación, como un medio que permite abordar el problema con otra perspectiva (*Ibidem*), usando el enfoque del Modelo Circular Narrativo.

Etapas

Las etapas se pueden separar en tres, cada una con varias actividades: apertura; negociación y cierre o clausura. Modelos que también se usan en los centros de conciliación de Colombia.

Fases del proceso de conciliación y rol del conciliador: (Romero, 2003)

- **Pre- conciliación:** fase previa a la conciliación. En los centros de conciliación, la entrevista inicial no la hace el conciliador sino un tercero que da la información sobre el proceso, recibe las solicitudes y los documentos y asigna el conciliador, excepcionalmente este rol lo hace el conciliador. Asignada la causa el conciliador debe proceder a su valoración jurídica, con el objeto de dejar constancia que el asunto es o no de materias propias de la conciliación y si sus características lo hacen o no conciliable, señalando fecha y hora para la audiencia y citar a las partes a la audiencia de conciliación.
- **Primera fase: Apertura.** Se realiza por el conciliador en una reunión conjunta con todas las partes, que contiene:
 - (1) Bienvenida y presentación;
 - (2) Discurso de apertura o monólogo, normas de conducta;
 - (3) Presentación de hechos por las partes;
 - (4) Preparación de la agenda.

En esta fase el conciliador inicia su relación personal con las partes; la forma como ésta se realice determina el mayor o menor grado de confianza, de empatía e incluso de resultados en el desarrollo de la futura negociación. La formación profesional del conciliador le permite entender que las actitudes despectivas o las críticas le van a impedir llevar su gestión con éxito y obtener la colaboración entre las partes (Romero, 2003).

El conciliador debe tener claridad sobre su función, debe dar un discurso inicial aclarando el proceso y haciendo énfasis en su imparcialidad, debe utilizar un lenguaje oral y corporal que genere confianza (Romero, 2003). Además de lo anterior, se recomienda observar y desarrollar las siguientes pautas y actuaciones: (Buitrago, 2013).

- Que el conciliador verifique que exista una adecuada logística en la sala de audiencia, esto es: ojalá una mesa redonda y sillas ubicadas a una equidistancia que sea cómoda para las partes, colocadas de tal modo que puedan mirarse de frente y, en especial, que se den condiciones de privacidad en el desarrollo de la conciliación. Lo que en nuestros tribunales es difícil por la cantidad de audiencias que se desarrollan en forma paralela.
- Acercamiento a las partes, que el conciliador genere confianza en el procedimiento y un ambiente propicio para la negociación.
- Debe dar un saludo cordial y presentarse, describiendo la función que va a desempeñar dentro del proceso. Luego se dirige a las partes y sus representantes, les solicita que se presenten.
- Describirá en términos sencillos qué es una conciliación, su importancia, sus objetivos y hará énfasis en los resultados y los efectos del acuerdo si lo hay y qué ocurre si no se logra el acuerdo.

- Informa a las partes sobre la forma como se desarrollará el proceso, su tiempo de duración, la confidencialidad de la información y, de manera respetuosa, se referirá a la conducta que se espera que los asistentes desarrollen en la audiencia, así como sus derechos y deberes.
- Cuando el conciliador se exprese, lo hará en lenguaje sencillo, con frases cortas y en lo posible sin tecnicismos jurídicos.
- Finalmente preguntará si existen dudas, y dará respuestas claras y concretas.
- Las técnicas que debe emplear para explorar el conflicto son: preguntar y escuchar para comprender, realizar preguntas abiertas, preguntas cerradas, preguntas aclaratorias, parafraseo y resumen.

El parafraseo es una técnica importante en que el mediador devuelve a cada persona lo contado evitando los juicios y carga emocional negativa del relato inicial, neutralizándolo, pero con todo el sentido de lo que quisieron decir las partes; utiliza palabras de las partes, sus claves culturales, nombra “la emoción” presente en el relato inicial. Es importante realizarlo con todos los actores.

El resumen es una herramienta central al inicio y término de cada sesión. Permite mostrar a las personas el trabajo realizado, resaltando los logros y las tareas pendientes, así como los compromisos asumidos, revalorar la cultura y los aportes de cada género, permite reforzar equilibrios de poder, la construcción para la siguiente sesión de trabajo.

• Segunda fase: Desarrollo de la conciliación

Reunión privada (Caucus) o reunión conjunta, que tiene como objetivo.

- (1) **Búsqueda de intereses;**
- (2) **Redefinición del problema**, conocer qué hicieron las partes antes para resolver el conflicto y las razones por las cuales no se logró solucionar la controversia;
- (3) **Conocer las alternativas** que tienen las partes en caso de no llegar a un acuerdo mediante la conciliación, su MAAN;
- (4) **Búsqueda de opciones**, generando propuestas de solución integradoras, para lo cual se procede de la siguiente forma (Buitrago, 2013):

a. Concluido el monólogo, en la misma reunión conjunta, el conciliador invita a las partes a que expongan su versión de los hechos, consultando cuál de los dos quisiera empezar. Si las partes no se manifiestan, se sugiere que sea la parte solicitante. Aunque en Chile el Juez trae listas las bases para el acuerdo y cuenta con las peticiones de la demanda y contestación, debiera igual dar la oportunidad a las partes de elegir quién quiere comenzar y, si no, pedir al solicitante que señale sus pretensiones con la finalidad de establecer los extremos del conflicto (Buitrago, 2013).

El conciliador escuchará en forma activa a todas las partes, esto es, haciéndoles ver su interés en lo expresado por cada una de ellas. Siempre que escuche o pregunte a las partes lo hará en forma alterna, sin interrupciones y permitiendo que finalicen cada intervención. Concluida la versión de la parte que tomó la palabra, se pueden plantear preguntas aclaratorias (*Ibidem*).

Luego, se efectúa un parafraseo de lo que el conciliador ha entendido con el objeto de que quien se expresó pueda dar su consentimiento, aclarar o ampliar algunos hechos y que la otra parte comprenda bien lo que se planteó.

El parafraseo es una técnica en que el conciliador repetirá la idea central expresada por una de las partes, depurando sus expresiones de toda descalificación, acusación, generalización y personalización, con lenguaje neutro y ocupando términos usados por la parte que se expresó, consultándole si entendió bien y permitiéndole que aclare sus dichos.

Enseguida se resume e indaga si existen dudas al respecto. Es conveniente ir tomando nota, por escrito, de lo esencial y/o de comportamientos significativos de las partes.

b. Concluida la narrativa de la primera persona, se procede en idéntica forma con la segunda, es decir, se le pide que se manifieste sobre lo expresado o pretendido por el solicitante o quien primero expuso su posición (Buitrago, 2013).

c. Luego de encontrados los intereses y redefinido el problema, se prepara la agenda, los temas y el orden en que pueden ser tratados, según la prioridad que las partes deseen darle a su tratamiento (Suarez, Marínés, 2002).

d. Si el conciliador advierte que aún persiste una gran tensión o animadversión, invitará a las partes a reflexionar, a valorar los hechos y resultados que pueden obtener con un acuerdo; les planteará perspectivas distintas y los llevará a visualizar los resultados favorables a sus propios intereses y a los del otro (Buitrago, 2013).

Puede suceder que surjan entre ellos fórmulas de arreglo o que no exista acuerdo y se trabe la negociación. En el primer caso, el conciliador trabajará el acuerdo y les hará ver los efectos positivos del mismo. Debe estar muy atento a los puntos de encuentro o de acuerdo para resaltarlos y orientar la negociación. (*Ibídem*). Si llegan a un acuerdo, debe ocuparse de detallar bien los derechos y obligaciones de cada parte para luego consignarlos en el acta; si es parcial, debe dejar constancia de la reserva de derechos para los puntos pendientes.

Si no hay acuerdo el conciliador debe incentivar el diálogo y proponer nuevas formas de arreglo haciendo énfasis en los puntos de encuentro entre las partes y pidiéndole a éstas que se refieran a sus necesidades en los puntos de desencuentro y a las posibles soluciones (*Ibídem*).

e. En esta etapa el conciliador puede tener *reuniones privadas* con cada una de las partes, por diversas circunstancias tales como, estancamiento del conflicto, para contención de emociones, incompreensión de las partes sobre la conveniencia de lograr un acuerdo. Esto no es una práctica general. Estas reuniones privadas, permiten generar un clima de mayor confianza, ya que el conciliador tiene la oportunidad de hablar con cada una de las partes por separado, permitiéndole obtener información que no le sería entregada en una reunión conjunta (*Ibídem*). En este espacio, el conciliador debe comenzar informando que todo lo que se diga en el "caucus" será confidencial, salvo que le autoricen a comentarlo con la otra parte.

De acuerdo con la naturaleza del problema y sobre todo al grado de colaboración que demuestren las partes, se puede continuar con la reunión conjunta para seguir intentando la búsqueda de intereses y generación de opciones.

Las técnicas en la conciliación

Las técnicas que se ocupan en esta etapa de gestión del conflicto son más complejas, sirven para la desestructuración y estructuración del problema conforme a la hipótesis que el conciliador se hizo del caso, algunas de ellas son: preguntas reflexivas, circulares, legitimación (éstas crean un clima de progresivo empoderamiento entre las partes y fomenta la comprensión integral de los acontecimientos porque permite ponerse en el lugar del otro), re-encuadre, re-contextualización (desde el relato expresado, apoya en entender la situación desde otro contexto, ayuda a las partes a salir de sus posicionamientos, externalizando el conflicto), pregunta del milagro, e hipotética (sobre lo afirmado, la pregunta permite desestabilizar el relato de hechos, relaciones, efectos de los hechos en las personas, emociones y sentimientos. Abre a la construcción de espacios futuros posibles y modifica la relación de poder entre las personas, analizando las mismas situaciones desde perspectivas diferentes).

Así, cuando las personas pueden separar la conducta de la persona y pueden ponerle nombre a la situación conflictiva, externalizando el conflicto, **lo que permite tomar distancia emocional y favorece el inicio de búsqueda de soluciones.**

- **Tercera fase: Cierre.** (Romero, 2003).

1. Criterios de evaluación para seleccionar opciones. Cada propuesta u opción, para ser seleccionada, debe atender tres criterios:

- a. Tomar en cuenta los intereses de las partes;
- b. Estar de acuerdo con los criterios objetivos definidos por las partes;
- c. Ser mejores que las propuestas hechas por cada una de las partes al inicio, es decir, con las alternativas que podrían tomarse en caso de no llegar a un acuerdo.

Las técnicas que se ocupan en esta parte son: lluvia de ideas (registro de todas las ideas que proponen las personas, no hay filtros), múltiples opciones (selección de ideas propuestas que comienzan a ser procesadas en base ciertos criterios de sustentabilidad), abogado del diablo (destinada a problematizar las opciones que han acordado las personas, debiendo señalarse el objetivo que tiene; requiere de un clima de colaboración y liderazgo de l conciliador), agente de realidad (destinada a problematizar las opciones que han acordado las personas mediante preguntas reflexivas y aclaratorias, utiliza criterios de sustentabilidad compartidos por los sujetos), y, finalmente, la duda conjunta (el mediador duda con las personas sobre el posible punto de acuerdo, legitimando la discusión; destinado a precisar las condiciones).

2. Terminada la negociación, el conciliador hará un **resumen** de lo sucedido en la audiencia y precisará los puntos de acuerdo, pudiendo las partes rectificarlos o aclararlos. Debe utilizarse palabras simples y de fácil comprensión.

3. Es necesario dejar claro en el acta las condiciones de exigibilidad de los puntos del acuerdo, esto es, las formas en que deberá realizarse el cumplimiento de la obligación; la fecha exacta en que debe cumplirse con la obligación y el lugar preciso donde debe llevarse a cabo. Las condiciones de exigibilidad deben responder a cinco preguntas: qué, quién, cuándo, cómo y dónde.

4. Finalmente, agradecerá a las partes su participación, los felicitará y les explicará los efectos del acuerdo logrado.

5. Firmarán el acta de acuerdo o dejarán constancia de no existir acuerdo, registro y archivo.

Para el logro de un buen proceso, el conciliador debe incorporar en sus protocolos de actuación estándares internacionales propios de la política pública, tales como los principios, normas y enfoques, dirigidos a cautelar la igualdad, equidad de género y respeto a la diversidad, para lo cual debe utilizar lenguaje no sexista y comunicación inclusiva, revisar permanentemente sus prejuicios, estereotipos de: género, de raza, cultura, condición sexual. Además, debe detectar y considerar barreras de género durante todo el proceso, identificar, valorar y aplicar percepciones, intereses y necesidades propias de mujeres y hombres según multiplicidad de factores (sexo, cultura, condición sexual, edad, etc.).

Por otra parte, es necesario que detecte situaciones de VIF y maltrato: aplicar legalidad y cautela, activando redes y realizar, cuando sea necesario, denuncia, demanda y acciones cautelares.

Debe cuidar que se respeten los derechos de los niños, niñas y adolescentes, preocupándose que participen en el proceso, siendo informados y consultados total o parcialmente, conforme a su desarrollo evaluativo y el interés superior del niño.

La comunicación. El diálogo entre las partes debe efectuarse con orden y sin interrupciones de la parte que escucha. No deben permitirse intervenciones ni expresiones que puedan alterar el clima de cooperación. Una buena comunicación, casi siempre, genera en cada parte una percepción distinta del conflicto y el deseo por ambas partes de resolver el problema se va haciendo cada vez más claro, desarrollándose un clima de cooperación.

Asesoría Jurídica. El conciliador debe incentivar a las partes a contar con asesoría jurídica, que se realiza por abogados que generalmente acompañan a cada parte a la audiencia, aportando con información especializada sobre el asunto en discusión, siendo útil esta asesoría para que las partes puedan tomar decisiones debidamente informadas (Romero, 2003). Si el tema en disputa posee mayor complejidad técnica, el conciliador o las partes podrían solicitar asesores técnicos especiales presentes en la audiencia o que otorguen informes escritos, lo que permitirá dar mayor seguridad y tranquilidad a las partes frente a los compromisos que se asumen.

Los asesores no deben intervenir en las decisiones de las partes, su rol es de consejeros, debiendo dejar que las partes decidan lo que más conviene a sus intereses. Tampoco deben tener rol protagónico durante las discusiones (Buitrago, 2013).

Manejo de las emociones. Las personas siempre actuamos teniendo como motor nuestras emociones: alegría, rabia, frustración, ansiedad, miedo o temor, inseguridad, etc. Las emociones se expresan a través del lenguaje no verbal, gestos, expresión corporal, tonos de voz, etc., y del lenguaje verbal: ofensas, halagos, legitimación, etc. (*Ibíd.*).

Que el conciliador comprenda estas emociones es fundamental para poder gestionar el conflicto.

En los conflictos se interrelacionan tres elementos: el pensar, sentir y actuar, por ello al cambiar uno de estos elementos se puede provocar un cambio en los otros dos. Siendo así, el conflicto es un problema de cómo percibimos e interpretamos las situaciones de la vida, entonces para resolverlo hay que trabajar para que cambien las percepciones, para lo que ayuda en este caso el Modelo Circular Narrativo.

El conciliador debe tener empatía al relacionarse con las partes, generando así una relación de confianza y de seguridad con ellas, estableciendo un puente psicológico entre las partes y el conciliador. Para crear empatía con las partes es necesario que éstas se sientan escuchadas y comprendidas por el conciliador, para lo que es necesario hacer parafraseo. El ser empático no significa que el conciliador tenga que aceptar y estar de acuerdo necesariamente con la opinión de quien habla o sus emociones, sino escucharlas y acogerlas con respeto (Carrión, 2001).

Durante el proceso de conciliación, cuando las partes expresan emociones, deben usarse técnicas que acojan y contengan las emociones, mediante la comprensión y precisión de los sentimientos y necesidades de las personas, resignificando las emociones, logrando que la misma persona las identifique mejor y que la otra parte las comprenda (Carrión, 2001).

Entendiendo que una conciliación es ante todo una negociación, en donde para llegar a un acuerdo es necesario que el conciliador cuente con la confianza de las partes, éste debe practicar la escucha activa, evitando los peros, las críticas, acusaciones, hablando en primera persona de lo que entendió del relato, posiciones o necesidades de las partes (Ury, 1991).

- **Etapas: Post Conciliación**

En esta etapa se llevan a cabo las siguientes acciones: (1) Registro, archivo del acta y del expediente; y (2) Seguimiento del caso.

El seguimiento del caso es una práctica muy usada en países como Colombia, Perú y Bolivia, sobre todo en las conciliaciones prejudiciales realizadas por centros de conciliación. Proceso que es difícil pensar integrar en el sistema judicial de nuestro país en las condiciones actuales, salvo que se cree una institucionalidad en el sistema judicial para coordinar la conciliación, con profesionales que puedan realizar un seguimiento, hacer estudios y estadísticas sobre este mecanismo en el espacio judicial.



VI. LÍMITES A LA CONCILIACIÓN

Uno de los límites a la conciliación es que existen materias jurídicas en las que la ley prohíbe la conciliación y otras en que se discute su procedencia, como las causas de violencia intrafamiliar, salvo en lo que se refiere a aspectos derivados de la relación familiar, tales como cuidado personal, alimentos, relación directa y regular, disolución del régimen de gananciales. Sin embargo, para llevar a cabo un proceso colaborativo en esta materia, hay que trabajar previamente en el equilibrio de poderes entre las partes.

Asimismo, otro límite es que el acta de conciliación debe versar sobre derechos disponibles, la que tiene el valor de cosa juzgada.



VII. EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE CONCILIACIÓN

Hay países como **Bolivia**, con su Reglamento de Conciliación (elaborado con el apoyo suizo), donde en la mayoría de las acciones judiciales es obligatoria la conciliación como requisito de procesabilidad, la que puede ser extrajudicial o judicial y procede a petición de parte o del Tribunal. El mismo tribunal hace cumplir ejecutiva y forzosamente el contenido del acta de mediación, cuyas obligaciones no han sido cumplidas dentro del plazo comprometido.

En el caso de **México**, la primera gran diferencia entre la conciliación y la mediación es que la primera es una forma judicial prevista como solución alterna del litigio pero que se da dentro del Tribunal; en cambio la mediación es una solución que se da fuera del ámbito de los tribunales (Pérez Fernández, 2000).

La Conciliación en México existe en: la Ley Federal del Trabajo; la Ley Federal de Protección al Consumidor; la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros; en Materia Penal; Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; en Materia Civil: Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; en la Procuraduría Social: Ley de Propiedad en Condominio (*Ibídem*).

El artículo N°71, del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, preveía que a toda demanda civil o criminal debe preceder la junta conciliatoria, estableciendo que los hombres buenos presentados por las partes no sean abogados, o si lo fueren, no se admitan después en el tribunal para defender a las mismas partes, en caso de seguir el pleito materia de la conciliación. La idea es que los abogados no obstruyan la posibilidad del arreglo. (Astorga Pérez, Pablo, 2012, Análisis Técnico y Estadístico de la Conciliación Laboral en la Reforma Procesal Laboral Vigente).

En el caso de **España**, en la conciliación laboral cabe destacar que existe una denominada "demanda" o papeleta, la que debe ser llenada y de manera sintetizada relatar los hechos. Se presenta ante el correspondiente Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, quien convocará a las partes a un acto en el que se tratará de buscar una solución extrajudicial al conflicto existente entre el empresario y el trabajador. Al acto deberán concurrir ambas partes y podrá concluir sin efecto, cuando alguna de las partes no se presente al mismo; concluirá con avenencia, cuando las partes logren alcanzar dicho acuerdo; y sin avenencia en el caso contrario.

De esta comparecencia se levantará un acta en el que deberán constar ambas partes debidamente identificadas y el resultado de la conciliación. En los supuestos en los que alguna de las partes no asista a la comparecencia o ésta se celebre sin acuerdo, la otra podrá interponer demanda ante el Juzgado de lo Social a la que deberá acompañar obligatoriamente el acta levantada ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

En el caso de **Estados Unidos**, como reseña histórica, se incorpora legislativamente la conciliación laboral en 1898, con la Erdman Act. Posteriormente, desde los años sesenta, comenzó a cimentarse en la sociedad norteamericana la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos en las comunidades vecinales. Los gremios empresariales vieron factible su incorporación y en 1979 crean el Center for Public Resources (desde 1994 se denomina Institute for Dispute Resolutions). Hoy se usa este mecanismo y otros como la mediación en todas las materias.

En **Brasil**, en temas laborales existe la conciliación judicial que se realiza después de presentadas las pruebas, a fin de que el juez tenga mejor alcance para proponer su fórmula conciliatoria, aunque la doctrina en resolución colaborativa de conflictos considera que perjudica la economía procesal y eleva el conflicto entre las partes.

VIII. RESULTADOS DE LA CONCILIACIÓN

Los resultados de la conciliación son muy positivos para las partes y sus relaciones futuras, conforme al estudio sobre conciliación de la Universidad del Rosario, (Peña, 2015), que concluyó que:

- Las técnicas de la conciliación bien aplicadas preparan a las partes para que éstas puedan dialogar.
- Las técnicas de conciliación no siempre son la zona de confort de los abogados.
- Las técnicas de conciliación no buscan abordar los debates jurídicos de las partes, ni buscan cambiar a las personas, intentan preguntar sobre los significados de las narrativas de las partes, reconstruir los lazos de comunicación rotos por el conflicto y que sus meta-narrativas dialoguen.
- Las técnicas no son la solución del conflicto, son el medio que le permite al conciliador preparar a las partes para que éstas estén empoderadas y conscientes de lo que sucedió con el conflicto y entre ellas se mejore el respeto, colaboración y legitimidad mutua.
- ¿Razones por las que debiéramos preguntarnos si es necesario contar para dirigir estos mecanismos con el rol técnico de los jueces, profesionales expertos y especializados jurídicamente para resolver conflictos litigiosos? La respuesta es que es precisamente por este conocimiento jurídico que podrían tener más liderazgo para dirigir ellos el proceso de conciliación.
- Sin embargo, un proceso bien llevado de conciliación no se puede realizar, con la calidad que se requiere, en los cortos espacios de tiempo destinado para una audiencia o comparendo, sino que necesitan de mayor dedicación y tiempo.
- En cuanto a la aplicación de las técnicas, debe tenerse precaución de no combinar técnicas indiscriminadamente, es decir, cada técnica corresponde a una etapa determinada del proceso (Cámara de Comercio de Bogotá, 2015). Cada técnica tiene su momento recomendado en las diferentes etapas de la conciliación: La doble escucha es permanente; el parafraseo se debe aplicar especialmente durante la narrativa del conflicto; el replanteo, la externalización, el evitar generalizaciones y el incluir otras narrativas se deben usar en la etapa de gestión del conflicto (*Ibídem*).
- Cada técnica debe lograr el objetivo para la cual está diseñada, en otras palabras, cuando el conciliador decide utilizarlas es porque tiene claro qué es, para qué sirve, cómo aplicarla y qué resultado se debe dar en las partes. La decisión de aplicar las técnicas debe ser consciente (*Ibídem*).
- El conciliador debe reconocer cuándo al aplicar una técnica, las partes la rechazan, entonces le corresponde ajustar su estrategia.
- El conciliador debe promover que los protagonistas del conflicto sean las partes y no el mismo.
- Las técnicas son una caja de herramientas con las cuales el conciliador interviene para lograr un efecto deseado en las partes en conflicto. Por ejemplo, el conciliador al comienzo, después del discurso inicial o monólogo, debe abrir el conflicto e indagar en el mediante tres técnicas: doble escucha, parafraseo y replanteo.

- La verdad y la realidad no existen en el conflicto, como tampoco la justicia; existen percepciones de cada una de las partes y narrativas que deslegitiman a las partes en el conflicto. La conciliación, desde una perspectiva narrativa, ayuda a las partes a alejarse de la historia que traba el conflicto y no le permite avanzar, dando un significado e interpretación distinta a los hechos y a la historia que habían construido las partes y que las llevó al conflicto, permitiéndoles construir una historia alternativa de respeto, legitimación, colaboración y reconocimiento mutuo.
- El conciliador debe ser consciente y reflexivo acerca de su ser, de lo que le pasa con el conflicto al que se enfrenta y de su hacer, cómo guía el proceso y cómo va hilvanando y haciendo uso de las técnicas y el resultado que éstas van produciendo en las partes y en su forma de enfrentar el conflicto.

Los abogados tienden a hacer preguntas cerradas o que inducen a las partes en sus respuestas y con temáticas relacionadas con aspectos relevantes para el derecho, donde se clarifican las relaciones jurídicas entre las partes; a diferencia del conciliador que, si bien debe centrarse en el conflicto, también tiene que indagar en sus motivos e historia que trae el conflicto, las partes y su relación.

Los abogados tienden a orientar a las partes y asesorarlas en relación con sus derechos; el conciliador puede informar jurídicamente en general a las partes, pero no asesorarlas de acuerdo a sus intereses individuales. No debe aconsejar a las partes, sino que apoyarlas para que sean ellas quienes enfrenten el conflicto y creen soluciones.

Los abogados tienden a pensar en solucionar los conflictos aplicando lo que las normas dicen y la manera como éstas plantean la resolución de los conflictos; en cambio, el conciliador debe pensar en los intereses de las partes y como éstas desean, conforme a sus intereses, resolver el conflicto. Es por esto que el juez debe tener dos actitudes distintas: una cuando concilia y otra cuando juzga, ya que en esta última sí debe resolver el conflicto de acuerdo a la ley.

El abogado o Juez tienden a hablar con objetividad, buscando argumentos basados en la realidad y las pruebas, dejando a un lado las percepciones de las partes; en cambio el conciliador debe concentrarse y valorar las percepciones e interpretaciones de las partes, intentando que tengan un cauce que sirva a la solución del conflicto.



IX. DIFERENCIAS ENTRE UN ABOGADO Y UN CONCILIADOR (Cámara de Comercio de Bogotá, 2015).

Una es la camiseta del abogado y otra la del conciliador. Los primeros, por su formación tienden a escuchar a las partes solo en los aspectos que son relevantes para el derecho, haciendo a un lado sus emociones, las que el conciliador debe tener muy en cuenta en el proceso de conciliación si intenta lograr que las partes se entiendan para afrontar y resolver el conflicto que los trae a participar en este mecanismo, dado que éstas, como dijimos, son el motor de las actuaciones, posturas y necesidades de las partes.

El Juez tiende a defender a la parte más débil o a la que tiene la razón o mayor ventaja jurídica; el conciliador en este proceso debiera equilibrar poderes, y si hay una parte más débil, fortalecerla para que negocie en igualdad de condiciones, pero debe mantener la imparcialidad no tomando partido por ninguna de ellas.

El abogado y el Juez, tienden a centrarse en las soluciones de los conflictos y a proponer fórmulas de arreglo en etapas tempranas del proceso. En la conciliación, primero debe abrirse el conflicto, luego gestionarse de manera que se encuentren otros cauces e interpretaciones a la realidad, y en una tercera etapa procurar que las partes seleccionen soluciones aptas para dar acogida a las necesidades de ambos.

La Conciliación en Sede Judicial. Sin perjuicio de que la conciliación es sede judicial, sigue un estilo de corte más evaluativo que facilitador, igual se basa en los siguientes principios (Cámara de Comercio de Bogotá, 2015):

a) Voluntariedad. Permite que las partes voluntariamente acudan a la conciliación con el propósito de arribar a un acuerdo conciliatorio. Si bien el proceso conciliatorio es un trámite obligatorio para gran cantidad de procedimientos judiciales, su obligación es llamar a conciliación, y en algunos países participar en este proceso sancionando con costas a quien se niega a participar, pero el principio de la voluntariedad queda intacto porque las partes no están obligadas a permanecer en el proceso, ni a llegar a acuerdo en éste.

b) Gratuidad. La conciliación no puede significar de ninguna manera una carga económica para las partes.

c) Oralidad. En la conciliación prima la relación directa e inmediata entre las partes y el conciliador, por eso la importancia de que las partes concurren personalmente a este proceso y no solo representadas por sus abogados. Estos últimos, deben tener en este proceso una actitud más bien pasiva, que no es la que conocemos en las audiencias de conciliación judicial en Chile, en que la gran mayoría de las veces las partes no asisten y están representadas por sus abogados que participan activamente en éstas.

d) Simplicidad. La conciliación debe ser simple, alejada de formalidades y ritualidades que entorpezcan y hagan moroso e inviable la solución del conflicto.

e) Confidencialidad. Protege a las partes a fin que toda la base de información que se genere como consecuencia del proceso de conciliación no se haga pública a través de cualquier medio, a la parte o a terceros en un proceso judicial posterior. Obliga al conciliador a que, durante, en el desarrollo y después del proceso de conciliación, se guarde la reserva de la información recibida, estando prohibido de revelar la información conocida, salvo que las partes lo autoricen o que esté obligado por ley.

f) Veracidad. Las partes deben proporcionar información real y verdadera de las causas, consecuencias y de sus intereses.

g) Buena fe. Conducta honesta y sin engaños, tanto de las partes como del conciliador.

h) Ecuanimidad. El conciliador deberá actuar con justicia y equidad guiado por la rectitud y la razón.

i) Celeridad. La conciliación debe poner fin al conflicto en el menor tiempo posible, pero siempre dando el tiempo necesario al proceso, para que se trabajen en todas sus etapas, la gestión del conflicto conforme a las necesidades de las partes y a la naturaleza del conflicto del que se trate.

k) Imparcialidad. Está dirigido exclusivamente al conciliador, exigiéndole que actúe como un tercero ajeno a los intereses de las partes: antes, durante y después de la conciliación; no debe tener

relación con las partes para evitar conflicto de intereses, se le exige actuar sin favoritismos o prejuicios y con probidad.

La discusión se da en la imparcialidad que tiene el juez para fallar con posterioridad una causa en que no se ha logrado acuerdo conciliatorio, y en la que el juez ya hizo un pre-juicio proponiendo bases para el acuerdo, conforme a su criterio jurídico.



X. CONCLUSIONES

La conciliación puede ser prejudicial o judicial y también situarse en el marco de los procesos arbitrales; realizada por funcionarios públicos o privados; inserta en el proceso judicial, por abogados o expertos en este mecanismo, o por jueces/zas dentro del juicio.

Sin perjuicio de que en la conciliación realizada por instituciones conciliadoras o funcionarios privados y públicos suelen usarse estos tres modelos clásicos, generalmente se da un modelo ecléctico que tiende a vincular los tres modelos, adaptándolos al estilo del conciliador y al tipo de casuística que se presenta en el caso en particular, en los que el conciliador aplica un rol de facilitador; a diferencia de cuando son abogados o jueces los conciliadores, que ocupan un modelo más evaluativo, estilos que son usados para definir perfiles de los mediadores.

En la conciliación se ocupan técnicas de negociación, con técnicas cooperativas y competitivas y a veces con tácticas sucias, como: incomodar, amenazar, engañar respecto a su posición, exigir ventajas unilaterales, y aplicar presión, entre otras.

Es así como las técnicas de conciliación no buscan abordar los debates jurídicos de las partes, ni buscan cambiar a las personas, intentan preguntar sobre los significados de las narrativas de las partes, reconstruir los lazos de comunicación rotos por el conflicto y que sus meta-narrativas dialoguen. Por esta razón es que debiéramos preguntarnos si es necesario contar para dirigir estos mecanismos con el rol técnico de los jueces, profesionales expertos y especializados jurídicamente para resolver conflictos litigiosos.

O si bien estos procesos debieran ser dirigidos por abogados expertos en este mecanismo, insertos en el sistema judicial, para trabajar la conciliación antes del proceso judicial mismo con el tiempo que ésta requiere, reservando la experticia jurídica de los jueces para resolver conflicto que no sea posible resolver por medio de la conciliación.

Proponemos abogados para realizar este rol, dado que los conflictos que llegan a tribunales son eminentemente jurídicos y necesitan de conocimientos jurídicos para consensuar o proponer bases de acuerdo en el marco legal.

Ahora bien, sin perjuicio de que un juez, por su experiencia, conocimientos jurídicos y su rol en el proceso, podrían tener más liderazgo para dirigir el proceso de conciliación que un funcionario abogado, especialmente en un país de cultura ciudadana más bien jerarquizada como el nuestro, podemos afirmar que estos mecanismos no se pueden realizar con la calidad que se requiere, en los cortos espacios de tiempo contemplados para las audiencias de conciliación; sino que necesitan de dedicación y un periodo de tiempo que muchas veces debe tratarse al menos en dos sesiones distintas para que las partes alcancen a procesar los cambios.

Para algunos autores es aconsejable que la conciliación, y los otros mecanismos alternativos, se efectúen antes de la etapa judicial cuando no se tenga que interpretar normas legales o complejos antecedentes jurisprudenciales.



X. CONCLUSIONES

Sin embargo, la existencia de este mecanismo en cualquier etapa del conflicto, prejudicial o judicial y en cualquier materia, aporta a una solución satisfactoria para las partes, a un mayor acceso a la justicia y paz social. Lo importante es que quienes guíen este proceso sean expertos/as en la materia y tengan formación necesaria para gestionar el conflicto mediante un servicio de calidad.

Si se plantea la conciliación en el contexto del sistema judicial, una buena alternativa es que la realicen oficinas especializadas atendidas por abogados expertos en la materia, que no ocupen el rol de jueces; que éste sea un requisito de procesabilidad de la acción, en cualquier materia, antes de presentar la demanda. En este caso estamos hablando de una conciliación regulada normativamente, en forma previa y obligatoria al juicio. Y si la posibilidad de conciliar se plantea durante el juicio, sin duda debiera ser el juez quién ocupe este rol.

En la conciliación realizada por instituciones conciliadoras o funcionarios privados y públicos suelen usarse los tres modelos clásicos, generalmente se da un modelo ecléctico, que los vincula, adaptándolos al estilo del conciliador y el tipo de caso. El conciliador aplica un rol de facilitador a diferencia de cuando son abogados o jueces, que ocupan un modelo más evaluativo. Chile por su cultura requiere modelo integrado, proceso adaptado, que va del discurso de Derechos a las necesidades.

En la conciliación se ocupan modelos y técnicas de mediación y negociación, con técnicas cooperativas y competitivas.

La conciliación no busca abordar los debates jurídicos de las partes, ni buscan cambiar a las personas, intentan solucionar un conflicto jurídico, para facilitarlo, reconstruir los lazos de comunicación para lograr acuerdos.

Entonces ¿es necesario contar para estos mecanismos con jueces, especializados jurídicamente, recurso escaso? ¿O estos procesos debieran ser dirigidos por abogados expertos, insertos en centros de conciliación judiciales, antes del proceso judicial, reservando la expertiz jurídica de los jueces para juicios complejos y conciliación en juicio?

Existen dos opciones: si son los jueces quienes realizan la conciliación, deberían poder aplicar procesos de calidad, con etapas y técnicas adecuadas, destinándoles además un tiempo suficiente a estos mecanismos para que efectivamente se resuelvan en ellos los conflictos jurídicos en forma sustentable. Entonces, los acuerdos conciliados debieran valorarse en las metas de gestión de los/as jueces/zas, igual o más que una sentencia, dado que evita costos económicos y de tiempo en pruebas, audiencias, redacción de fallos y recursos.

Y la segunda opción es que sean Centros de Conciliación, insertos en el Poder Judicial, con conciliadores abogados expertos que operen como requisito de procesabilidad de la acción, con obligación de asistencia personal de las partes y con incentivos en su participación en el proceso, como la condena en costas del que no asiste; dejando así la Conciliación judicial para cuando ésta se presenta durante el juicio.



BIBLIOGRAFÍA

- Astorga, P. (2012). *Análisis Técnico y Estadístico de la Conciliación Laboral en la Reforma Procesal Laboral Vigente* (Tesis de Licenciatura, Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile). Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112746>
- Brandoni, F. (2011). *Hacia una Mediación de Calidad*. Buenos Aires: Ed. Paidós.
- Buitrago, F. (2013, 29 de septiembre). Audiencia de Conciliación y Técnicas de Conciliación [Post de[A1] Blog]. Recuperado de: <http://franksbur.blogspot.com/2013/09/audiencia-de-conciliacion-y-tecnicas-de.html>
- Bush, R. & Folger, J. (2006). *La Promesa de Mediación*. Buenos Aires: Ed. Granica.
- Bush, R. & Ganope S. (2008). La Mediación Transformativa, un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares. En *Revista de Mediación*, 2(1), 17-28.
- Caivano, R. et al. (1998). *Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos, Negociación, Conciliación y Arbitraje*.
- Caivano, R. (2002). *Negociación y Mediación. Instrumentos Apropriados para la Abogacía*.
- Carpanchai, R. (2018). *Modelos de mediación versus neutralidad e imparcialidad del mediador* [Artículo del Magíster de Mediación, Universidad Central de Chile, Sede Santiago].
- Cobb, S. (1997). Una perspectiva narrativa en mediación. En Folger, P. & Jones, T., *Nuevas direcciones en mediación*, N°7 (pp. 83-104).
- Diez, F. & Tapia, G. (2006). *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Ed. Paidós.
- Entelman, R. (2005). *Teoría de Conflictos*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Villa, J. (2016). *Manual de Negociación y Resolución de conflictos*. Barcelona: Editorial Profit.
- Folger, J. P. & Bush, B. (1996). *La promesa de la mediación*. Buenos Aires: Editorial Granica. Fisher,
- R., Ury W. & Patton B. (1993). *¡Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Ed. Norma.
- González, I., Valdebenito, C. & Fuentealba, M. S. (2014). *Herramientas para el Cambio desde la Gestión del Conflicto*. RM., Santiago: RIL Editores.
- González, J. (1998). *Lenguaje Corporal. Claves de la comunicación no verbal*. Madrid: EDIMAT Libros.
- Ledesma, M. (2000). *El Procedimiento Conciliatorio, un enfoque teórico – normativo*. Lima: Edit. Gaceta Jurídica.
- Lieberman, D. (1999). *¡Que no le vuelvan a decir mentiras! Descubra rápidamente la verdad en cualquier conversación o situación*. Barcelona: Edit. Norma.



BIBLIOGRAFÍA

Moore, C. (1995). *El Proceso de Mediación, Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Edit. Gránica.

Munduate, L. & Martínez, J. M. (2003). *Conflicto y Negociación*. Madrid: Ediciones Pirámide.

Pérez, O. (2000). La conciliación y la mediación. En *Revista de Derecho Notarial*, 115(1), 459-494.

Peña, H. (2015). *Técnicas de Comunicación y Conciliación* [Módulo desarrollado en el marco de la Jornada de Inducción en Conciliación a los estudiantes del Consultorio Jurídico de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nuestra Señora del Rosario]

American Bar Association (2017). Report of the task force on research on mediator techniques. Recuperado de: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/dispute_resolution/med_techniques_tf_report.authcheckdam.pdf

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.

Slaikou, K. A. (1996). *Para que la Sangre no Llegue al Río*. Buenos Aires: Ed. Gránica.

Slaikou, K. A. (2003). *Negociación Directa y Asistida*. Tratado de Gestión de Conflictos. Lima: Ed. ASOPDES.

Serrano, G. & Rodríguez, D. (1993). *Negociación en las organizaciones*. Madrid: EUDEMA.

Suares, M. (2012). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Suares, M. (2002). *Mediando en Sistemas Familiares*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Suares, M. (1999). *El espejo de los mediadores*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Stone, D. et al. (1999) *Conversaciones difíciles. Cómo entenderlas y decir lo que tiene que decir*. Bogotá: Edit. Norma.

Valdebenito, C. & Donoso, M. P. (2018). *Modelos y técnicas de Mediación Familiar en Chile*. España: Editorial Académica Española.

Ury, W. (2000). *Diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo*. Barcelona: Ed. Paidós,

Ury, W. (1993). *¡Supere el No! Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*. Bogotá: Edit. Norma.

CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LO COLABORATIVO: APRENDIZAJES Y DESAFÍOS PARA UNA JUSTICIA QUE GARANTICE EL ACCESO EFECTIVO

María Soledad Lagos Ochoa

Abogada, Mediadora Consejo de Defensa del Estado, Profesora de la Facultad de Derecho Universidad de Chile
Jefa de la Unidad de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago

Este artículo aborda la normativa que considera lo “colaborativo” como elemento esencial de mecanismos no adversariales de resolución de conflictos, intentando en primer lugar definir este concepto, y las motivaciones que han guiado a nuestro Derecho en la incorporación de estos.

Posteriormente analiza los elementos que el legislador debe considerar para abordar este tópico de manera adecuada. Finalmente, reflexiona acerca de los desafíos respecto de la solución colaborativa, particularmente considerando la mediación en el ámbito de la Reforma Procesal Civil, la Planificación Estratégica del Poder Judicial y la necesidad de Políticas Públicas coherentes en la incorporación de la mediación como mecanismo de acceso a la justicia.

Cuando evocamos lo normativo, una primera aproximación hace necesario revisar el conjunto de reglas jurídicas sobre el tópico analizado, enumerando y explicando las distintas disposiciones. Sin embargo, en esta oportunidad, previo a ello, es necesario definir **¿Qué entendemos por colaborativo?**

Para definir a qué nos referimos es importante conocer el movimiento ADR -*Alternative Dispute Resolution*-, y particularmente un hito relevante en su desarrollo, la “Conferencia Nacional sobre las Causas de Insatisfacción Popular con la Administración de Justicia”, más conocida como la “*Pound Conference*”, que se realizó en 1976 en San Paul, Minnesota, y que toma su nombre a partir de la vigésima novena reunión de la *American Bar Association* (ABA), la cual tuvo lugar en 1906. En dicha reunión, Roscoe Pound, en ese momento decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nebraska, presentó un ensayo titulado “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Las Causas del Descontento Popular con la Administración de Justicia).

Pasadas siete décadas, magistrados, fiscales, abogados y académicos, reflexionaron considerando la realidad jurídica del año 1976 sobre la situación de la Justicia para el año 2000, considerando que muchos de los problemas que fueron identificados a principios de siglo seguían estando presentes (congestionamiento de los órganos jurisdiccionales y dilaciones procesales),

dificultades que, entre otras cosas,

“... servirían para estimular la búsqueda de soluciones dirigidas a mejorar el sistema de administración de justicia estadounidense o, dicho de otra forma, «otras formas de administrar justicia...” (BetanCourt, 2018, p. 214).

En esa ocasión el Profesor Frank Sander, de la Universidad de Harvard, realizó la disertación *Varieties of Dispute Processing* (Variedades en el Procesamiento de Disputas), texto en el que se refiere a la creciente presión de la administración de Justicia, por cuanto existen (en el año 1976) espacios de resolución de conflictos que se encuentran vacantes, ya que las personas no forman parte de agrupaciones que en algún momento canalizaron o resolvieron conflictos, por ejemplo, las iglesias, las agrupaciones de vecinos, etc., y en general, lugares donde se podían abordar conflictos; ello sumado a una creciente efectivización de derechos que el sistema jurídico debe garantizar, no siendo suficiente la herramienta juicio, lo que hace necesario nuevos mecanismos a fin de garantizar la resolución de los conflictos. Señala que muchos de los casos que son llevados a sede jurisdiccional no son técnicamente apropiados para ser «efectivamente» resueltos por parte de dichos órganos, y por ello, debe elegirse el **mecanismo más adecuado** según el tipo de conflicto a resolver considerando la naturaleza del mismo, la relación entre las personas en disputa, la cuantía del asunto, el costo, y la rapidez que se requiera, sugiriendo que en el año 2000 no hablaríamos de Juzgado, sino más bien de un "Centro de Resolución de Disputas"

al que usuarios/as podrían acudir y en donde un funcionario evaluador del caso le propondría el más acorde a las necesidades, lo que se denominó **Sistema Multipuertas**, más tarde reconocido como Palacio de Justicia de Puertas Múltiples (*the multi-door court house*), siendo implementado en el sistema de administración de justicia estadounidense.

Ahora bien, los ADR consideran una serie de mecanismos, entre ellos los “no adversariales”, como la negociación, mediación, conciliación, facilitación, entre otros, los que se conciben en contraposición a los “adversariales”, principalmente el arbitraje.

Estos mecanismos no adversariales se vinculan y recogen lo colaborativo en cuanto presuponen la generación de un espacio de diálogo en el que, a través de un proceso comunicacional, las partes directamente entre sí, o bien ante un tercero imparcial sin poder decisorio, intentan resolver un conflicto incorporando los intereses prioritarios de cada una de ellas, en la solución del conflicto jurídico que se ventila. El trabajar en conjunto una problemática implica necesariamente la generación de confianza inicial y diálogo; ya que sin estos elementos no es posible concebir “colaboración” para lograr el propósito común buscado: **la solución del conflicto**.

Este análisis incorpora la idea de **“intereses”**[1], desarrollado por William Ury, autor norteamericano quien en su libro “Como resolver las disputas” señala los elementos que deben considerarse para diseñar un sistema de resolución de conflictos de bajo costo y efectivo,

[1] FISHER, URY y PATTON (2009), pp. 51 y ss. Los intereses son los temores, deseos, preocupaciones, esperanzas, necesidades de las partes, que definen el conflicto, siendo únicos en su significado, es decir cada uno los valora de manera particular (dos personas en una misma situación tienen intereses distintos, no responden a un patrón común). Este concepto no debe confundirse con el de posición, que se refiere a la postura que inicialmente las partes adoptan en una negociación, de carácter rígida y que generalmente corresponde a lo que cada una de ellas “dice que quiere”, lo declarado (se acercan a la pretensión y contra-pretensión procesal). Los intereses se vinculan con las necesidades humanas básicas, como seguridad, bienestar económico, sentido de pertenencia, reconocimiento y control sobre la vida propia. No solamente debo indagar en los intereses del otro, sino que además en los míos. Se debe negociar desde los intereses y no desde las posiciones, ello permite agrandar el abanico de posibilidades de solución al conflicto.

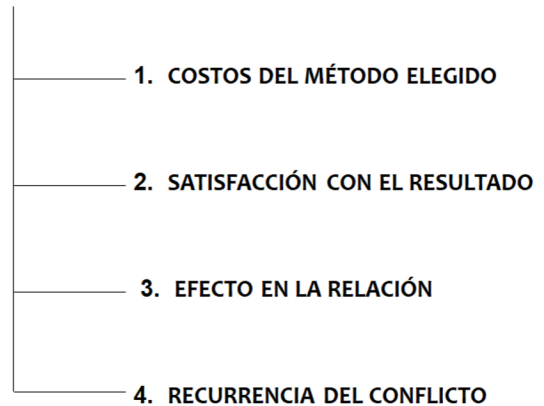
basándose fundamentalmente en los problemas laborales de la industria del carbón en la década del 70, planteándonos que en términos generales es posible resolver las disputas o diferencias jurídicas de tres maneras:

1. En base al poder, esto es, la imposición de una de las partes respecto de la otra;
2. En base al derecho, ya sea a través de procedimientos ordinarios o bien un arbitraje, pero siempre interviniendo un tercero que determine quién tiene la razón y desde esta perspectiva asociaremos esta forma de resolución al concepto “Judicialización”; y
3. En base a la “conciliación de intereses”, lo que se realiza a través de la negociación directa entre las partes, de la mediación o en su caso a través de la conciliación.

Considerando los costos de la transacción, la satisfacción con los resultados, el efecto sobre la relación y la recurrencia de las disputas, Ury termina concluyendo que el diseño más adecuado para la resolución de una disputa laboral es la conciliación de intereses, constituyendo la forma menos costosa y más satisfactoria en cuanto a los resultados obtenidos para la continuidad de la relación entre las partes.

- Coherente a ello, los **Principios** (Lagos, 2017, pp. 134-136) que los inspiran y en torno a los que se estructuran difieren radicalmente de la lógica adversarial. En primer lugar, en estos mecanismos prima la **Voluntariedad**, y ello implica que quienes participan en un proceso negociado no pueden ser obligados a llegar a un acuerdo. Ello no debe confundirse con el establecimiento del mecanismo como requisito procesal previo para la interposición de acciones judiciales contenciosas.

CARÁCTER DE ADECUADO DEL MECANISMO ELEGIDO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO: Criterios.



Fuente: URY, BRETT, GOLDBERG. “Getting Disputes Resolved”. Cap. I, Jossey Bass. 1989.

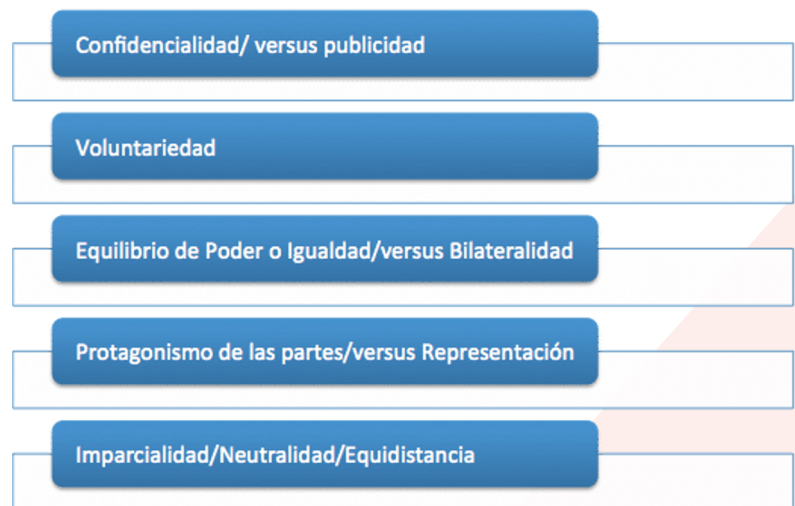
Otro principio fundamental, tratándose de mecanismos colaborativos, es el de **Igualdad de las Partes**. En materia jurisdiccional prima el principio de la **Bilateralidad**, en virtud del que se entiende que las partes están en igualdad de condiciones cuando tienen los mismos tiempos y oportunidades para hacer valer sus derechos; en cambio tratándose de mecanismos vinculados al diálogo, la igualdad no es formal sino sustancial, en el sentido de que las partes solo estarán a un mismo pie cuando manejan un nivel adecuado y similar de información acerca de los distintos ítems vinculados al conflicto que intentan resolver. Por ello, si se detecta que una de las partes carece de los elementos necesarios para tomar decisiones, el mediador, por ejemplo, sugerirá en audiencia individual que se recabe la información necesaria para tomar decisiones en el proceso. La igualdad entre dos personas con distintas experiencias de vida, educación y/o capacidades propias solo puede alcanzarse a través del manejo y comprensión de la información, siendo el mediador el que debe velar porque ello suceda durante el proceso.

Sumado a lo anterior, y considerando la primacía absoluta de la publicidad de los procedimientos contenciosos, en los mecanismos colaborativos impera el principio de la **Confidencialidad**, que se refiere a la reserva no solo de lo que se ventile en las sesiones conjuntas de mediación, sino que además de cualquier antecedente acerca de sus intereses que las partes manifiesten al mediador, el que deberá preguntarles si es que quieren que dicha información sea transmitida a la otra parte. Los involucrados en el proceso son los dueños de la información que se ventila en la mediación. Esta confidencialidad se extiende incluso a los terceros que han participado en él.

En cuanto a la comparecencia de las partes, en materia contenciosa prima la representación; en cambio, tratándose de estos mecanismos la regla general es el protagonismo de las Partes, y consecuencia de ello, la necesidad de que comparezcan personalmente, ¿Por qué? En los juicios, o en el arbitraje, los directamente involucrados en el conflicto desaparecen para el proceso y son los abogados los que exponen los hechos y sus alegaciones ante el tercero que juzga; en cambio, tratándose de mecanismos de diálogo, son las personas involucradas quienes deben asistir al proceso por cuanto son ellas quienes mejor entienden el alcance de sus intereses, motivaciones y deseos respecto de la solución del mismo, siendo el abogado asesor de ellas.

Finalmente, tratándose de aquellos mecanismos en los que un tercero facilita el diálogo, como en el caso de la mediación o la conciliación rige el principio de la Imparcialidad, entendida como no favorecer ni privilegiar a una parte en desmedro de la otra pero que, a diferencia de los mecanismos jurisdiccionales, se ve afectada no solo por causas taxativas o enumeradas (parentesco, amistad, etc.), sino que además, durante el desarrollo del proceso las partes pueden percibir falta de independencia, por su conducción del proceso, y ello generará pérdida de confianza en éste, y consecuentemente, el mediador no podrá cumplir su labor con el liderazgo necesario para ello, debiendo inhabilitarse.

Principios de los mecanismos RAD, que difieren radicalmente de la lógica adversarial: De lo confrontacional a lo colaborativo



Considerando todo lo ya señalado, es importante precisar que hoy en día la expresión “Alternativa” ha ido dando paso a la denominación “Adecuada”, por cuanto el mecanismo debe ser idóneo para la resolución del conflicto considerando los costos del método elegido (patrimoniales y/o emocionales), la satisfacción con el resultado, el efecto en la relación y la recurrencia del conflicto.

Desde esta perspectiva, la Justicia no puede asimilarse solo a la comparecencia a Tribunales; los mecanismos colaborativos se vinculan con la “resolución de los conflictos”, por lo tanto, la Justicia comprende una dimensión más amplia ligada a la solución eficaz de los mismos, no limitándose solo a una decisión adjudicatoria, sino considerando una amplia gama de mecanismos que idealmente operen a través de un sistema multipuertas y secuencialmente, considerando al juicio efectivamente como última ratio.

Ahora bien, **¿qué ha pasado en nuestro país? ¿Cómo se resuelven los conflictos jurídicos?**

Chile tiene experiencia en materia de mediación desde hace más de 25 años (desde la década de los 90) (Lagos, 2016, pp. 93-120), no obstante, existe sin lugar a dudas, una primacía absoluta de los mecanismos adversariales, y particularmente del juicio, siendo la expresión última ratio, muy lejana a nuestra realidad local, y por ello, lamentablemente no hay una vinculación secuencial entre estos mecanismos y la posibilidad de juicio.

Debido a ello, la consagración normativa en nuestro país de mediación, y conciliación principalmente, ha sido motivada por distintos propósitos que no necesariamente recogen la idea de permitir un acceso a la resolución efectiva de los conflictos, y por ello es necesario hacer una revisión de los **diversos objetivos** que se han pretendido alcanzar:

1. Gestión de los casos: Conciliación Obligatoria en materia civil

A través de la Ley N° 19.334, de 7 de octubre de 1994, se introdujo la Conciliación Obligatoria en materia civil constituyendo, conforme al artículo 795 del Código de Procedimiento civil un trámite o diligencia esencial en la primera o única instancia de los juicios de mayor o menor cuantía y en los juicios especiales cuya omisión podría fundar un recurso de casación en la forma. La moción parlamentaria que dio origen a esta modificación legal se inspiró en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y planteaba la conciliación en forma previa al inicio de cualquier proceso debiendo el futuro actor, antes de formalizar su demanda, pedir audiencia para intentar una conciliación con el futuro demandado. Dentro de las ventajas que se señalaron en la discusión parlamentaria e informes de comisiones se mencionan: mayor eficiencia en la administración de justicia, mayor celeridad en los procedimientos, acercamiento de las personas a la justicia, menores costos de los mismos, entre otras. Finalmente, fue acogida la moción en cuanto a la obligatoriedad pero no se estableció la conciliación en forma previa sino una vez concluido el periodo de discusión[2].

Evidentemente, la conciliación en materia civil no produjo los resultados esperados y son numerosas las razones que explican ello, que exceden de este trabajo analizarlas, pero lo que puede constatarse conforme a la evidencia es que para que un mecanismo de diálogo logre resultados satisfactorios no basta con su sola incorporación legal, o que se contemple como una etapa más dentro del proceso, porque ello no garantiza necesariamente el logro de acuerdos.

[2] Historia de la Ley N° 19.334.

2. Desjudicialización: mediación por daños en salud

La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 N° 9 consagró “El derecho a la protección de la salud” el conforme al modelo de Estado subsidiario y la vieja distinción entre derechos civiles y políticos (directamente exigibles) y derechos económicos, sociales y culturales (no susceptibles de protección debido a su supuesto carácter programático), carecía de un contenido mínimo posible de ser reclamado por los/as ciudadanos/as. Este derecho adquirió una nueva fisonomía el año 2005 cuando se dictó la llamada Ley AUGE N° 19.966, asegurando la cobertura de un cierto número de patologías, predefinidas como prioridades sanitarias, sobre la base de determinadas “garantías explícitas”. Coherente a este escenario de efectivización de los derechos, el Mensaje de la Ley 19.966 de 22 de mayo de 2002, firmado por el entonces Presidente de la República Ricardo Lagos señaló que:

“...para resguardar el derecho a la salud, no basta con su declaración, sino que se hace necesario establecer garantías explícitas de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y generar los instrumentos para el efectivo ejercicio de éstas, dotando a los usuarios de las facultades y mecanismos para hacerlas exigibles...”[3].

Es así como el 4 de marzo de 2005 el Consejo de Defensa del Estado comenzó a realizar mediaciones por daños en salud y, por primera vez, este servicio por tradición litigioso (donde prima la resolución confrontacional), actúa como tercero imparcial en un conflicto (nuevo tratamiento de las faltas de servicio), creándose una Unidad de Mediación, entidad especializada conformada por un equipo interdisciplinario de profesionales (abogados, sociólogo, asistentes sociales y médicos).

[3] Historia de la Ley N° 19.966.

Conforme al inciso primero del artículo 43 de la Ley N° 19.966

“El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado...”. El inciso segundo de la misma norma señala *“...La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia...”*

En cuanto al propósito original, vinculado a la desjudicialización, luego de más de 10 años de la consagración y considerando que el camino para hacer efectiva la responsabilidad en sede judicial es un procedimiento ordinario de lato aliento, se estima que la mediación es el mecanismo apropiado para este tipo de conflictos, no para desjudicializar sino porque no parece adecuado que el ciudadano tenga como única posibilidad el enfrentamiento para resolver sus conflictos con el Estado, lo que implica un alto costo y asimetría entre las partes.

3. Carácter adecuado del Mecanismo respecto del conflicto a resolver: Mediación Laboral

Los conflictos y divergencias de intereses en el desarrollo de relaciones en el ámbito laboral siempre se generarán y, por tanto, un sistema de resolución estructurado en base a la confrontación es muy difícil que produzca efectos constructivos para las partes.

Por ello, no es casual que en materia laboral se encuentren contemplados diversos sistemas colaborativos de resolución de conflictos; en el año 1994 la Dirección del Trabajo consideró como un objetivo estratégico *“fomentar el diálogo y la acción asociativa de empresarios y trabajadores para la solución autónoma de conflictos”*; y en el año 2001 incorporó la mediación en los conflictos entre empleadores y dos o más trabajadores, generando un espacio en que las controversias pudiesen ser zanjadas entre las partes evitando la judicialización innecesaria, ayudadas por un tercero calificado que responde a un perfil y a una formación técnica en mediación.

Es así como la Dirección del Trabajo, a través de la Orden de Servicio N° 1 de 30 de enero de 2002, *“crea y ordena un Sistema de Solución Alternativo de Conflictos Laborales Colectivos”*, señalando que, dada la misión institucional del servicio (Contribuir a modernizar y hacer más equitativas las relaciones laborales, velando por el cumplimiento normativo; promoviendo la capacidad de las propias partes para regularlas sobre la base de la autonomía colectiva; y el desarrollo de las relaciones de equilibrio entre los actores favoreciendo, de tal modo, el desarrollo del país), se hace necesario:

“...canalizar las relaciones laborales mediante un conjunto de instituciones que propendan a instaurar el uso del diálogo y la negociación como métodos principales de vinculación entre los actores, destinados a la prevención y/o solución de los conflictos, relevando con ello la problemática laboral y sentando bases sólidas que ayuden a generar un cambio cultural en la forma de relacionarse y en la capacidad para generar reglas comunes. Así, el Estado puede integrar coherentemente el sistema clásico de solución de controversias (Judicatura del Trabajo y Administración Laboral), con un modelo más participativo por parte de los ciudadanos...”.

Agrega que “...La instalación de modalidades alternativas de prevención y solución de conflictos no pretende desplazar la justicia administrada por el aparato público, sino que se busca generar acuerdos por una vía confiable, rápida, económica y ajustada a los cambios sociales, tecnológicos y económicos en curso, al mismo tiempo de reconocer que existe la urgente necesidad de que el ciudadano disponga de opciones válidas, que atiendan a la amplia gama de conflictos existentes, muchos de los cuales podrían tratarse de manera más eficiente con métodos participativos y directos. Con ello se reduce el número de litigios tramitados en el sistema judicial, facilitando su funcionamiento...”.

Actualmente la Dirección del Trabajo cuenta con cinco Centros de Mediación (Valparaíso, Concepción, Temuco, Santiago Poniente y Santiago Oriente), teniendo como usuarios/as a trabajadores y empleadores, contemplándose las mediaciones solicitadas (individuales o grupales), las programadas (por la Dirección Regional), las mediaciones solicitudes IteI (formuladas por internet), las mediaciones reactivas (por denuncia u ofrecida por la Dirección Regional), las mediaciones por Derechos Fundamentales, las mediaciones por Derechos Especiales (generalmente temas sindicales), las mediaciones por Circular N° 29 (cuando es declarada inadmisibile la denuncia de Derechos Fundamentales), y las de la Circular N° 041 que son: la obligatoria (ex buenos oficios, negociación colectiva reglada), la voluntaria (cuando las partes, negociando colectivamente, solicitan a la Dirección del Trabajo una mediación), la mediación en procedimiento de negociación colectiva para organizaciones con trabajadores eventuales de temporada y de obra o faena transitoria; y la mediación de conflictos colectivos (arts. 381-384 Código del Trabajo).

Revisadas estas tres motivaciones y considerando la experiencia con la que actualmente contamos en mecanismos RAD, particularmente en el área de familia, salud y laboral, podemos afirmar que la consagración normativa de estos mecanismos hoy en día tiene por objeto, principalmente, la provisión del servicio de justicia efectiva, que busca solucionar los conflictos de las personas a través de mecanismos “Adecuados”, según el tipo de conflicto de que se trate, debiendo operar primero aquellos que vinculan a las partes a través del diálogo y, si éste no prospera, se da paso a un escenario contencioso jurisdiccional.

□ Dada esta afirmación, podemos reflexionar acerca de los **elementos que debe considerar una normativa que aborde lo colaborativo**:

I. La normativa debe utilizar nomenclatura adecuada según el mecanismo no adversarial que se consagra:

En nuestro país el desconocimiento respecto de estos mecanismos ha implicado que diversos procedimientos consagrados normativamente se denominen de manera errónea. Así, por ejemplo, el SERNAC, conforme al artículo 58 letra f) de la Ley N° 19.496, dentro de sus funciones contempla:

“...recibir Reclamos de Consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el SERNAC promoverá un entendimiento voluntario entre las partes...”

La labor del SERNAC es interceder en los conflictos de consumo suscitados entre las empresas y los consumidores, comunicándose con la empresa para informarle la situación existente y solicitar una respuesta al caso dentro de un plazo de 25 días hábiles la que, una vez recibida, se pone en conocimiento del consumidor a través del canal que utilizó para reclamar o se le envía a través de correo físico, lo que técnicamente no es una mediación, sino buenos oficios.

II. La normativa debe resolver la institucionalidad que alberga el mecanismo colaborativo:

En Chile la necesidad de que el legislador considere la institucionalidad que velará por el cumplimiento de la normativa se torna crítica tratándose de mecanismos de resolución colaborativa de conflictos, por cuanto en nuestro país no existe ningún servicio público cuya función principal sea velar o proveer por un servicio de resolución colaborativa de conflictos, a través de mediación, conciliación, facilitación y, en términos generales, de fomento de diálogo. Por ello, en su gran mayoría las experiencias de mediación se radican en el seno de organismos cuyo giro principal no es la mediación y, por lo tanto, nunca son el producto más significativo de los servicios a que acceden.

Así, por ejemplo, la mediación por daños en salud en el sector público se encuentra en el Consejo de Defensa del Estado cuya labor principal es la defensa de los intereses de Fisco a través del litigio, de manera tal que gran parte de los recursos de esta institución se avocarán a dicho propósito siendo la mediación un producto absolutamente secundario.

Un caso emblemático que demuestra esta falencia fueron las Unidades de Justicia Vecinal, que, en el año 2011 nacieron al alero de la Dirección de Gestión y Modernización del Ministerio de Justicia, inicialmente en cuatro comunas del país (Paine, Cerrillos, Macul y Renca)[4].

Posteriormente, la cobertura de estas Unidades se amplió, estructurándose en base a cuatro zonas: Poniente (Cerrillos, Estación Central, Maipú, Padre Hurtado, Lo Espejo), Norte (Renca, Independencia, Cerro Navia, Pudahuel, Quilicura), Sur (Paine, Buin, Peñaflores, San Bernardo y Calera de Tango) y Oriente (Macul, Ñuñoa, Peñalolén, La Reina y La Florida).

El proyecto ofreció un sistema de solución de conflictos gratuito, de acuerdo con el modelo “multipuertas”, ingresando los casos a través de una entrevista personal con el requirente, en la que se recibe una primera orientación y explicación sobre el funcionamiento de las UJV. Luego, el conflicto es analizado por un grupo

evaluador, compuesto por tres profesionales (psicólogos, trabajadores sociales o abogados) que propone alguna de las alternativas de solución que sea más idónea: mediación, conciliación, arbitraje o patrocinio de la causa ante Juzgados de Policía Local.

La justicia vecinal vio los siguientes conflictos: Vivienda (problemas de copropiedad inmobiliaria, problemas de administración de la copropiedad, gastos comunes, situaciones que afectan bienes comunes); Incumplimiento de contrato; Arrendamiento; Servidumbres legales (demarcaciones, muros medianeros, etc.); Comunidad (ruidos molestos, aseo y ornato, basura); Bienes comunes de uso público (plazas, multicanchas, etc.); Follaje de plantas y árboles; Tenencia de mascotas; Conflictos de vecinos por actos de discriminación; Indemnización de perjuicios; problemas de dominio de bienes; cobro de deudas de trabajos informales (préstamos); partición de bienes; liquidación de sociedades colectivas; conflictos relacionados con sociedades civiles y mercantiles; cuestiones de repartición de aguas, entre otras[5].

[4] Sobre el particular “Estudio Práctico de Unidades de Justicia Vecinal: Diseño de una Política Pública a partir de la evidencia”, del Ministerio de Justicia (2011), p. 3, señala que “...Tanto a nivel académico como de percepción de la ciudadanía, se considera que en la actual oferta institucional no se encuentra una respuesta orientada a resolver los conflictos que se generan de forma cotidiana en la vida diaria de las personas, lo que afecta negativamente su calidad de vida y genera valoración negativa de las respuestas que es capaz de entregar el sistema judicial. A esto se suma que las respuestas existentes no abordan todos los conflictos vecinales y ofrecen una respuesta única y estandarizada para lograr la solución de éstos. Más aún, a veces no se busca su resolución, sino más bien sancionar las causales o consecuencias de éste.

Considerando lo anterior, el Ministerio de Justicia se planteó como desafío implementar un modelo de justicia vecinal, cuyo objetivo principal es el mejorar el acceso de las personas y comunidades, a través del diseño, implementación y evaluación del denominado Estudio Práctico de Unidades de Justicia Vecinal.

El diseño de este proyecto comienza en el primer semestre del año 2010, a través de la revisión de la experiencia comparada y del trabajo realizado por programas que abordan estas temáticas en la región Metropolitana. Los principios rectores bajo los que se formuló el proyecto son el acceso a la justicia, la oferta de servicios integrales y diversificados, la voluntariedad y el empoderamiento de los usuarios...”

[5] Evaluación de Resultados e Impacto del Estudio Práctico de las Unidades de Justicia Vecinal-Resumen Ejecutivo (2014) señala en el Acápite relativo a las conclusiones “...este estudio y otros realizados anteriormente, han constatado que existe una necesidad social del programa UJV, ya que los índices de conflictividad comunitaria detectados son altos. Existen poderosos argumentos para justificar la necesidad de abrir el acceso a la justicia, en particular a la población más vulnerable, creando y operando sistemas de resolución de conflictos cuyos beneficiarios y beneficiarias comprendan con facilidad, sistemas que acojan a las personas y grupos, que sean rápidos, en que sus destinatarios confíen y que cuenten con la participación y protagonismo de personas, grupos y asociaciones no solamente involucradas, sino también interesadas...”

El año 2014, en la “Evaluación de Resultados e Impacto del Estudio Práctico de las Unidades de Justicia Vecinal-Resumen Ejecutivo” se señala en el Acápito relativo a las conclusiones que,

“...este estudio y otros realizados anteriormente, han constatado que existe una necesidad social del programa UJV, ya que los índices de conflictividad comunitaria detectados son altos. Existen poderosos argumentos para justificar la necesidad de abrir el acceso a la justicia, en particular a la población más vulnerable, creando y operando sistemas de resolución de conflictos cuyos beneficiarios y beneficiarias comprendan con facilidad, sistemas que acojan a las personas y grupos, que sean rápidos, en que sus destinatarios confíen y que cuenten con la participación y protagonismo de personas, grupos y asociaciones no solamente involucradas, sino también interesadas...”

No obstante, lo anterior, a este servicio se le puso término el año 2017, señalándose a través de los medios de comunicación que no se contaba con recursos para su continuidad.

Por todo lo dicho, es dable sostener que la incorporación al Derecho no necesariamente implica institucionalización, entendiendo por tal un proceso de transformación de un grupo, práctica o servicio, desde una situación informal e inorgánica hacia una situación altamente organizada, con una práctica estable cuya actuación puede predecirse con cierta confianza, con continuidad y proyección en el tiempo. Las instituciones perduran, trascienden de las personas que las integran.

III. La Normativa debe consagrar el mecanismo conforme a los principios que informan estos:

Una de las problemáticas recurrentes de la consagración de estos mecanismos es la utilización de términos (audiencias, comparendos, etc.), que no son propios de ellos y que de alguna manera judicializan su operatividad. Sumado a lo anterior, el mecanismo colaborativo consagrado debe ser coherente a los principios propios de éste. Por ejemplo, luego de la tan bullada Reforma laboral “sobre modernización del sistema de relaciones laborales a la luz de los mecanismos de resolución colaborativa de conflictos”, la Ley N° 20.940 estableció en el artículo 384 que el

“...Informe de mediación. En caso de no prosperar la mediación, la Inspección del Trabajo levantará un informe que detallará las características del conflicto, la posición de las partes, las fórmulas de mediación analizadas y las posturas de las partes respecto de aquellas. Este informe será público...”

Evidentemente esta publicidad es absolutamente contraria y vulnera el Principio de la Confidencialidad de la mediación, tan necesario para la generación de espacios de confianza entre las partes.

IV. La Normativa debe contemplar la forma de proveer del servicio, y ser acorde al espíritu de una Política Pública que ponga a disposición de los ciudadanos mecanismos que propendan al diálogo:

La mediación familiar en Chile constituyó un importante impulso en la difusión de la mediación en Chile, sin embargo, a casi 15 años de su establecimiento hay muchas lecciones que recoger.

Actualmente el Sistema Nacional de Mediación Familiar es administrado por el Ministerio de Justicia quién, a través de su Unidad de Mediación, se avoca a la contratación y control de los servicios licitados que otorgan mediación (a la fecha se han realizado cinco llamados nacionales, en los periodos 2006-2009; 2009-2012; 2012-2015; 2016-2018; y 2019-2020). Conforme a la Ley N°19.968, la mediación familiar solamente podrá ser conducida por mediadores registrados (licitados o privados). El Ministerio de Justicia es el encargado de administrar el registro, a través de las Seremi, y el servicio se presta mayoritariamente a través de contratos licitados.

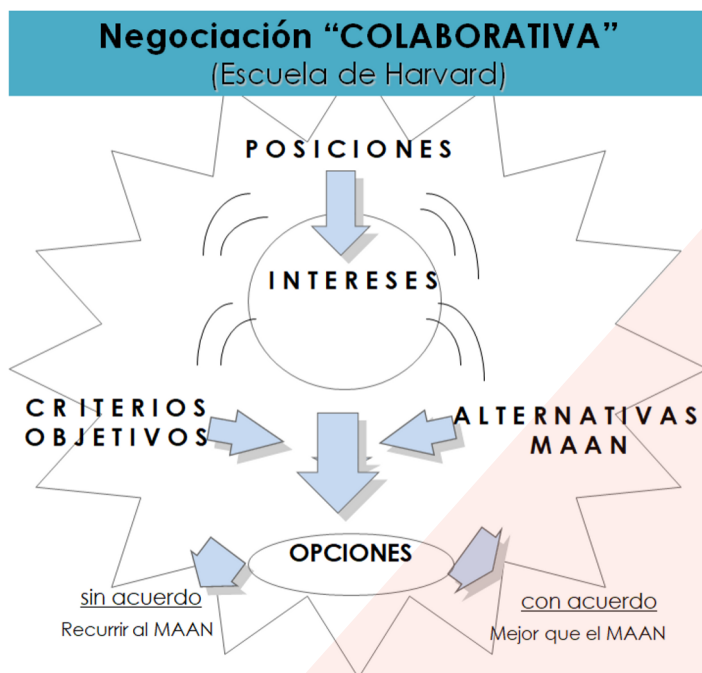
En Chile no existen mediadores públicos, y la totalidad del servicio es privado o licitado, y el control tampoco depende de un órgano autónomo, sino de una entidad ministerial.

V. Una normativa que implemente un mecanismo colaborativo, debe considerar las capacidades instaladas de los operadores del servicio:

Si se analizan los operadores de servicios jurídicos, y particularmente los abogados, se percibe profundo desconocimiento del modelo teórico y los conceptos sobre los que descansan los mecanismos RAD, así como de sus principios, por lo que muchas veces éstos no son un aporte para los procesos colaborativos. Tampoco manejan las Herramientas Comunicacionales (escucha activa, preguntas, etc.) necesarias para un buen desempeño. En lo macro, esta falta de preparación redundará muchas veces en procesos que no brindan los resultados esperados y que transforman un Mecanismo RAD en un mero trámite.

VI. Posibilidad de desarrollar el mecanismo colaborativo como un Proceso:

El esquema colaborativo de Harvard entiende la negociación como un “Proceso” de comunicación entre personas conforme a etapas y determinados principios, mediante el cual cada uno intenta satisfacer sus necesidades e intereses (fenómeno dinámico de creación y distribución de valor). El negociador deberá trabajar tres áreas claves: personas, problema y proceso, considerando los 7 elementos del modelo, esto es, comunicación; tipo de relación existente entre las partes; nivel de compromiso al que pueden llegar (acuerdos sustentables y eficaces); intereses; opciones para solucionar el conflicto (posibilidades de acuerdo que nacen en la mesa de negociación y que satisfacen los intereses de ambas partes); criterios objetivos o estándares; y alternativas.

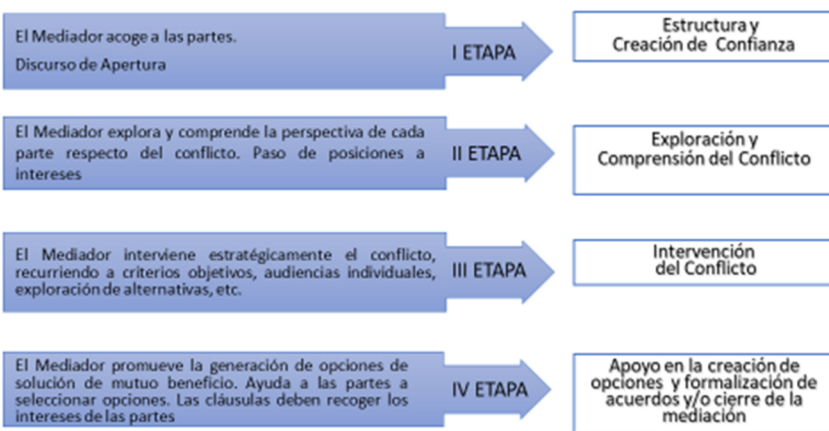




Desafíos actuales de los Mecanismos de Resolución Adecuada de conflictos y particularmente, de los colaborativos:

Actualmente la expansión de la mediación es un fenómeno que se está desarrollando a nivel mundial, y esto sucede de forma simultánea en países desarrollados así como en Latinoamérica [6] y por ello, aceptando la premisa de que la mediación es un mecanismo que concreta el acceso a la justicia, hay tres **desafíos importantes**, que podrían definir o determinar el desarrollo de los mecanismos colaborativos en nuestro derecho local.

Labor del mediador: Negociación Asistida



I. Reforma Procesal Civil:

Considerando la reactivación de la discusión en torno a la necesidad de concretar la tan esperada reforma procesal civil, se generó en la Comisión de Expertos a cargo de ella la propuesta de una normativa especial para la mediación vinculada al proceso civil que considere el otorgamiento de un servicio de mediación ofrecido por el Poder Judicial y por Centros de Mediación registrados en conformidad a dicha ley.

En los últimos veinte años América Latina ha vivido numerosos procesos de reformas judiciales con el objeto de perfeccionar los sistemas de justicia. En Chile, al igual que en otros países de la región, han sucedido la Reforma penal, la de familia y la laboral; sin embargo, desde el año 2005, está pendiente la civil.

Las reformas a los sistemas de justicia civil han incorporado métodos alternativos de resolución de conflictos siendo los más frecuentes la mediación, la conciliación y el arbitraje, teniendo presente que "...los métodos alternativos de resolución de conflictos operan con una lógica distinta a la que caracteriza el proceso de justicia tradicional, su ubicación institucional es determinante para garantizar su uso y efectiva correlación con los sistemas de justicia tradicional. Por ello se los debe integrar a este de una manera adecuada y sistemática, respetando sus propias dinámicas..." (INDH, 2013, p.64).

[6] La mediación es un mecanismo procesal, que tiene por objeto la resolución de conflictos, pero es importante no perder de vista, que ella se inserta en el contexto de la cultura de la paz. Sobre el punto, "Alcanzar la Paz" de William Ury, pp. 26, donde se señala "...Este libro trata sobre lo que habría que hacer para detener el conflicto. "Detener" no significa ponerle fin totalmente. Nuestra meta no puede ni debe ser eliminar el conflicto. El conflicto es una parte natural de la vida. Genera el cambio...", "...Por lo tanto nuestro desafío no consiste en eliminar el conflicto, sino en transformarlo. Consiste en cambiar el modo en que afrontamos nuestras diferencias más graves, en reemplazar la pelea, la violencia, la guerra por procesos más constructivos, como la negociación, la democracia y la acción no violenta...", "Este libro está destinado a todos aquellos que, como yo, alguna vez tuvieron un momento de desesperación por la lucha destructiva que nos rodea, y se preguntaron si era totalmente inevitable, o si de algún modo, algún día, podríamos aprender a vivir y trabajar juntos, y alcanzar la paz..."

Por ello, considerar que la mediación forme parte de la oferta del Poder Judicial es una tremenda posibilidad para el desarrollo de la mediación por cuanto, por primera vez, esta labor se radicaría en una institución cuya función principal es la resolución de los conflictos y, además, permitiría realizar las coordinaciones y manejar estándares coherentes en las distintas etapas de solución, sea en la mediación o en el juicio posterior en caso de que no se haya logrado acuerdo previo.

Esta forma de incorporación de la mediación recoge los aprendizajes vinculados a la mediación familiar la que, no obstante constituir un tremendo aporte a la difusión del mecanismo, carece de una institucionalización robusta que apoye la labor de los mediadores en el día a día. Si se revisa la Historia de la Ley Nº 19.968, durante la tramitación en el Congreso la "...Corte Suprema debió informar su parecer acerca de este proyecto señalando que,

"... La mediación no está debidamente institucionalizada hasta ahora, salvo la situación regulada en la Ley Indígena Nº 19.253, que establece una suerte de mediación obligatoria ante la Conadi para determinados conflictos entre indígenas, es decir, versa específicamente sobre una situación en materias de interculturalidad. No hemos avanzado en la aplicación de los sistemas alternativos de solución de conflictos, no obstante que por el aumento considerable de los litigios existen evidentes problemas de solución y respuesta pronta a través del sistema judicial ordinario. Esta realidad –compartida por la mayoría de los países de Iberoamérica– motivó la atención de la VI Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas de Iberoamérica, celebrada recientemente en Santa Cruz de Tenerife.

En su declaración final, respecto a este punto, se acordó expresar que, en el Estado de Derecho, la paz social constituye uno de los anhelos de todas las comunidades y que conscientes de esta responsabilidad, los Poderes Judiciales de nuestros respectivos países, asumíamos el compromiso de propiciar, además de la justicia formal, otorgada por el juez natural, que integra la jurisdicción permanente en los diferentes Estados, la implementación del sistema de solución alternativa de conflictos, como manera de satisfacer, en términos razonables, las demandas ciudadanas de justicia. Para ejecutar tales propósitos, la mencionada Cumbre acordó, entre otras, las siguientes acciones a seguir: propiciar programas de sensibilización, difusión y capacitación en la materia y promover la comunicación e intercambio sistemático de información entre las Unidades de Resolución Alternativa de Conflictos, a fin de compartir estrategias que beneficien a todos los países y aprovechen los resultados para mejorar los sistemas de este tipo en Iberoamérica.

El proyecto mencionado, junto con disponer que los servicios de mediación serán dispensados por mediadores o centros de mediación privados, reconoce la responsabilidad que le cabe al Estado en tan importante función y prevé que esos servicios se dispondrán y regularán por un departamento especializado que se crea al efecto en la Corporación Administrativa del Poder Judicial, organismo que, como se sabe, depende directamente de esta Corte Suprema..."

Posteriormente, el proyecto fue revisado por las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, y su informe final se emitió el 16 de abril de 2003. En los respectivos debates la diputada señora Guzmán “... *observó la inconveniencia de que este Departamento dependa de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, debido a la mala evaluación relativa a la capacidad de gestión de esta última, creyendo que sería más adecuado constituirlo como una dependencia del Ministerio de Justicia...*”, y el señor Bustos “... *que no parecía adecuado que si se buscaba desjudicializar un importante número de situaciones, se entregara la administración del sistema precisamente al Poder Judicial, sin perjuicio, además, del riesgo de que este poder no lo administre con la suficiente independencia y lo considere como un servicio de segundo orden...*”, expresaron que la “supervisión, control, registro y administración de los recursos del sistema de mediación correspondiera al Ministerio de Justicia del cual dependería el Departamento de Mediación y el Ejecutivo, acogiendo la proposición de la Comisión, presentó una indicación sustitutiva que fue aprobada por unanimidad...” (Lagos, 2018, pp.531-533).

De acuerdo con ello, la mediación familiar pudo haberse desarrollado en el seno de la Corporación Administrativa del Poder Judicial lo que habría hecho que los mecanismos colaborativos no fueran algo tan extraño para la labor jurisdiccional, como se concibe actualmente.

□ 2. Vinculación del Poder Judicial con los mecanismos RAD, Plan Estratégico 2015-2020

Conforme al Plan Estratégico del Poder Judicial para el periodo 2015-2020 la Misión de la institución es:

“...Solucionar los asuntos de su competencia de manera clara, oportuna y efectiva, con plena vigencia de todos los derechos de todas las personas, contribuyendo así a la paz social y fortalecimiento de la democracia ...”. Se añade que su Visión es “...Ser reconocido por la comunidad como la vía de solución de los asuntos de su competencia de manera pronta, justa y confiable...”.

En cuanto a los **Valores**, éstos se agrupan en torno a los siguientes conceptos que identifican el actuar de la institución que se visualiza como:

1. Independiente, autónoma e imparcial.
2. Actuando conforme a derecho, generando seguridad jurídica y confianza.
3. Igualitaria, inclusiva y accesible, amparando todos los derechos y garantías de todas las personas.
4. Proba, transparente, íntegra y socialmente responsable.
5. Rindiendo cuenta pública con un lenguaje claro y comprensible.
6. Cercana, oportuna y efectiva.
7. Otorgando buen trato y un servicio de excelencia.

Todo lo dicho se articula en tres ejes de desarrollo (o Sub estrategias):

1.Asegurar acceso y justicia a todos los ciudadanos: facilitando así el acceso a la justicia a la ciudadanía y ser reconocido por la opinión pública como una institución cercana, preocupada por la justicia y que mejora constantemente la tutela judicial.

2.Brindar servicios de calidad: mejorar los estándares de servicio en las distintas competencias, donde la calidad de la justicia se entiende desde la materialidad del recurso (Tribunales en buen estado, funcionarios capacitados y sistemas modernos) hasta la respuesta jurisdiccional (resolución oportuna, fundamentada, que denote experiencia del juez, lenguaje claro y sencillo y que efectivamente resuelva).

3.Modernizar la gestión del Poder Judicial: disminuir las brechas de gestión al interior del Poder Judicial de forma de contar con procesos y procedimientos ágiles, y con recursos humanos que contribuyan a mejorar la calidad del servicio entregado fortaleciendo para ello la gestión jurisdiccional e institucional, la gestión del recurso humano, la comunicación y el funcionamiento de cada unidad judicial (Poder Judicial, 2015).

Coherente a ello, surge inmediatamente la reflexión en torno a cómo el Poder Judicial podrá cumplir y desarrollar actividades destinadas a convertir en realidad su Visión acerca de la institución. En este sentido un artículo de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema señala que:

“...El Plan Estratégico del Poder Judicial de Chile, para los años 2015 a 2020, ha establecido tres ejes de desarrollo que se orientan a dar respuesta a las necesidades más fundamentales de la

sociedad ante la administración de justicia. El primero de ellos dice relación con mejorar sustancialmente el acceso a la justicia, a la vez que ser reconocido por la opinión pública como una institución cercana, preocupada por la justicia y que mejora constantemente la tutela judicial. El segundo, se refiere a ofrecer calidad en todo el proceso de justicia, y el tercero, a modernizar la institución. El logro del primer eje debe producirse mediante ocho líneas de acción, de entre las cuales, la primera define la necesidad de incorporar en la oferta de los tribunales servicios de mediación civil, penal, familiar y contencioso administrativo. Ello implica que los métodos de resolución alternativa de conflictos deben funcionar en todas las competencias que puedan considerarlos. En concreto, el Plan define que al año 2020 el Poder Judicial debe avanzar sostenidamente en la utilización de métodos para resolución alternativa de conflictos, de manera que exista un incremento de al menos un 15% en la utilización de este tipo de mecanismos. Para el 2030, por su parte, el 50% de los tribunales y competencias deben ofrecerlos...” (Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2018, p. 3).

Por ello, hoy en día el abordaje de los mecanismos colaborativos es un tremendo desafío que, si llega a cumplirse como Meta, permitirá al Poder Judicial un acercamiento a los ciudadanos y sus problemas concretos.

Ahora bien, es importante no olvidar cuáles son las problemáticas y quiénes acceden a resolver sus conflictos en el Poder Judicial; respecto de ese punto el Informe Anual de Derechos Humanos de la UDP, en el Capítulo VIII vinculado al Derecho de acceso a la justicia civil en Chile señala que:

“...desde hace años, se viene denunciando que la justicia civil se encuentra cooptada por grandes empresas como la banca y el retail que persiguen la cobranza de sus créditos, mientras los casos donde se discuten controversias de ciudadanos comunes y corrientes –como un problema de arriendo– representan una bajísima proporción de la carga de trabajo de los tribunales civiles. Algo similar ocurre en la justicia de policía local: se encuentra saturada, principalmente, por causas de infracción a la ley del tránsito y no pago del peaje electrónico (TAG), mientras que los problemas que afectan a los consumidores – una de las materias de competencia de estos tribunales– no alcanzan siquiera al 1,0% del total de causas ingresadas. A ello hay que añadir que existe una amplia gama de conflictos de baja complejidad y poca cuantía que no encuentran hoy en la justicia civil una respuesta ágil y accesible. Nos referimos, por ejemplo, a conflictos cotidianos –lo que se ha denominado pequeñas causas– como problemas por productos defectuosos, cobro de bajos montos de dinero o conflictos de convivencia vecinal, para cuyos involucrados el acceso a la justicia se ve lejano y costoso, principalmente por el tiempo y dinero que ello demanda y porque los procedimientos judiciales, por lo general, no son sensibles o no recogen las particularidades de este tipo de asuntos. Así, por ejemplo, es probable que quien se vea afectado por un problema de filtración de agua proveniente de la casa vecina lo pensará dos veces antes de acudir a un tribunal a ejercer las acciones legales que la ley le franquea. Esta omisión se produce porque acudir al sistema de justicia implica iniciar un procedimiento que, por regla general, un ciudadano de a pie desconoce; porque, además, en la mayoría de los casos requiere de asesoría letrada si desea tener éxito en su demanda, y significará, asimismo, disponer de tiempo para hacer algunas gestiones o asistir al tribunal en caso de audiencias u otras comparecencias.

Lo señalado opera –qué duda cabe– como un poderoso desincentivo para acudir al sistema de justicia formal. ¿Qué sucede entonces con este tipo de conflictos? ¿Encuentran solución en el sistema de justicia formal o quedan irresueltos? ¿Qué ha hecho el Estado chileno en los últimos años para abordar este tipo de controversias y cumplir con los estándares internacionales en esta materia? ¿Cumple los estándares internacionales de acceso a la justicia un sistema que conoce principalmente del cobro de deudas de grandes empresas, infracciones de tránsito y de cobro de peajes? En este capítulo queremos analizar algunas de las iniciativas implementadas en los últimos años, así como algunas propuestas de reformas, con el fin de evaluar de qué manera nuestro país se ha hecho cargo de los problemas de acceso a la justicia civil. Veremos que los datos existentes muestran un panorama desolador. No solo hay una gran cantidad de necesidades legales insatisfechas en materia civil, sino que además el Estado en estos últimos años –habiendo tenido oportunidades de hacer algunas reformas o plantear propuestas de cambios– no ha explorado la posibilidad de incorporar nuevos procedimientos o instituciones procesales que se hagan cargo de estas necesidades. Por el contrario, la única experiencia de carácter estatal implementada en esta materia, las Unidades de Justicia Vecinal impulsadas por el Ministerio de Justicia en 2011, han sido recientemente disueltas...” (Centro de Derechos Humanos UDP, 2017), p. 372).

Llevado a cifras el Informe señala que “...un estudio de 2011 (realizado con datos del 2009) elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (en adelante, CEJA), representativo para la jurisdicción de Santiago, daba cuenta de dos aspectos medulares.

El primero de ellos dice relación con la composición de los litigios que llegan a los juzgados civiles. El estudio muestra que el 96,4% de las causas terminadas en el año 2009 eran ejecutivas. De ellas, un 30% correspondía a gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y un 61% a procesos de ejecución propiamente tales. Ello significa que el porcentaje de causas correspondientes a juicios ordinarios y sumarios no supera al 5% del total de causas ingresadas. En efecto, el estudio muestra que el procedimiento ordinario tiene una prevalencia ínfima dentro del tipo de ingresos en tribunales civiles (1,46%). Por su parte, el procedimiento sumario, diseñado precisamente para brindar una solución rápida a través de un procedimiento sencillo y verbal, según señala la ley, ocupa una proporción aún menor (0,98%) del total de causas ingresadas...”, “...Pero lo más llamativo de estas cifras es la escasa proporción de causas ejecutivas efectivamente terminadas. No más de un 8% llegan a una sentencia definitiva, concentrándose el grueso de las causales de término en las denominadas salidas tempranas, esto es, casos en que la demanda ejecutiva ni siquiera llega a notificarse. Esto se explica principalmente por la normativa tributaria vigente que exige a los acreedores para declarar incobrable una deuda haber requerido judicialmente de pago al deudor...”[7].

Por ello, y previo a la reactivación de la discusión en torno a la Reforma Procesal Civil, fue tan auspicioso la elaboración de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema conjuntamente con Matríztica, del Modelo de Centros de Justicia Ciudadanos, cuya creación fuera aprobada por la Excm. Corte Suprema, mediante decisión del Pleno de fecha 28 de diciembre de 2015, acordándose además que se iniciaría la implementación en 2 comunas del país: Antofagasta y Temuco lo que, sin embargo, nunca lamentablemente se concretó.

A través de dichos Centros de Justicia Ciudadanos lo que se pretendía por parte del Poder Judicial era el abordaje de conflictos de manera sistémica en causas civiles, familiares, laborales y comunitarias, considerando una etapa preventiva (a través de educación de derechos y de solución pacífica de conflictos) y, en caso de ser necesario (cuando no baste la prevención), mediante el acceso a un servicio de resolución que considere mediación, conciliación, facilitación inicial y derivación a programas sociales y, como última instancia el proceso judicial. Estos Centros acercarían el Poder Judicial a la comunidad e instalarían el diálogo como base de la resolución de conflictos, permitiendo el acceso a la justicia y la recomposición del tejido social. El texto de la propuesta indica que para su construcción “...se desarrolló un proceso de diagnóstico colectivo que, a través de la participación de una serie de actores del ámbito social, académico, público y privado, ha permitido identificar una latente y creciente necesidad de transformar los paradigmas bajo los que hoy funciona nuestro sistema de justicia.

[7] Centro de Derechos Humanos UDP (2017), p. 372, agrega “...Datos recientes, obtenidos del Poder Judicial, 63 muestran una tendencia similar en términos de la proporción de causas ejecutivas, esta vez sobre el total del universo ingresado en la jurisdicción de Santiago, a varios años del estudio del CEJA. Gran parte de las causas ingresadas en el sistema de justicia civil, siguen siendo de tipo ejecutivas y/o gestiones preparatorias. Tabla 3 Total de ingresos civiles en jurisdicción de Santiago (2014-2016) Procedimiento 2014 2015 2016 Ejecutivo (y gestiones preparatorias) 93,4% 88,75% 93,92% Ordinario 4,88% 9,71% 4,38% Sumario 1,68% 1,47 % 1,51% Otros 0,04% 0,07% 0,19 Total 100% 100% 100% Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial...”

El diagnóstico colectivo muestra la existencia de una demanda subyacente por más y mejor justicia, lo que nos llevó a participar de un sueño colectivo respecto del modelo de justicia que, como país, queremos para el año 2020. Este ejercicio, y el profundo convencimiento de que la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho sólo es posible a través del fortalecimiento y profundización de las instituciones democráticas, nos llevó a identificar como valores fundamentales de la construcción del modelo de justicia del futuro: la instauración del diálogo como mecanismo de generación de acuerdos, de convivencia pacífica e inclusiva, y como herramienta regeneradora del tejido social; la reinterpretación del derecho de acceso a la justicia, adaptándola a las exigencias que el Chile de hoy manifiesta; el aseguramiento de la tutela judicial efectiva, como medida de eficiencia y eficacia del rol de los actores del sistema de justicia; y la efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos y colectivos, reconocidos por el Estado en distintos instrumentos, no sólo aquellos consagrados a nivel constitucional y legal, sino también de aquellos radicados en tratados internacionales de derechos humanos, contratos y la jurisprudencia...” ,”...En ese contexto, el modelo que se propondrá en este documento contempla la visualización del sistema de justicia en dos etapas: una preventiva y una transformativa. La etapa preventiva se orientará a la generación de una cultura del diálogo, de convivencia pacífica en la diversidad y al fortalecimiento de la vida en comunidad, a través del desarrollo de programas de educación en derechos y resolución pacífica y colaborativa de conflictos.

La etapa preventiva busca empoderar a las personas y organizaciones sociales para que puedan hacerse cargo de sus propias vidas y comunidades. Esta etapa preventiva también considera la participación de múltiples actores institucionales, pues entendemos que la justicia tiene una dimensión más allá de la existencia de los conflictos. El modelo de justicia de ser un conjunto de programas y mecanismos orientados a fomentar el desarrollo de las personas, grupos y pueblos de nuestro país. En ese sentido, los Centros de Justicia Ciudadanos intentarán satisfacer necesidades jurídicas de las personas y comunidades, reconfigurando el rol que tradicionalmente se le había atribuido al sistema de justicia en general y al Poder Judicial en particular. Sin embargo, en algunos casos la prevención no será suficiente, situación en que se hace necesaria la existencia de una respuesta adecuada desde el aparato público de justicia. En esta respuesta, la dignidad humana debe ser la medida de igualdad ante la ley, el pilar que oriente al modelo, por lo que, en la transición hacia la etapa transformativa, se propone una reprogramación de la manera como atendemos a las personas. Debemos abandonar las costumbres de servir abogados y comenzar a capacitarnos para atender personas y dialogar con ellas. La consideración a la dignidad humana, sin embargo, no se agota en ese momento. El derecho de acceso a la justicia nos exige incorporar mecanismos en los que sean las propias personas las que reconozcan sus conflictos y las que se apropien y protagonicen sus soluciones.

La era de la justicia adjudicativa quedado atrás, así nos lo demuestran las experiencias comparadas. Así, un sistema adecuado de justicia nos invita a recopilar todos y cada uno de aquellos mecanismos que puedan componer las relaciones de las partes, aumentando los niveles de compromiso con las soluciones arribadas. Nuestro desafío es, por tanto, convertir a los Centros de Justicia Ciudadanos en una política pública en materia de justicia destinada a promover la cultura del diálogo y la generación de acuerdos desde la colaboración, con plena vigencia de todos los derechos de las personas, contribuyendo así a la paz social y el fortalecimiento de la democracia. Este documento pretenderá entonces ser el testimonio de un primer paso hacia un nuevo modelo de justicia. Un sistema que permita reconstruir la confianza social, incentivar la participación y fortalecer las bases de una sociedad más pacífica, equitativa e igualitaria...” (Poder Judicial, 2015, pp.1-3).

3. Políticas Públicas coherentes y omnicomprendivas que desarrollen lo colaborativo en las distintas áreas del Derecho y del quehacer nacional, permeando a los ciudadanos y operadores del sistema:

La primacía en Chile de la confrontación como mecanismo de resolución de conflictos ha permeado nuestra sociedad tan profundamente que el diálogo es muy difícil de generar entre los diversos actores, lo que conlleva a que muchas problemáticas escalen, sin que sea posible intervenir, y por ello es urgente que exista una institución que se avoque a dicha labor, generando políticas públicas que insten a la resolución pacífica y la generación de un nuevo tejido social, que permita cohesión y consenso en los grandes temas de interés nacional.

En el mismo sentido la Revista de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema del año 2018, en el artículo “El Rol de la Política Pública en el acceso a la Justicia y la resolución alternativa de Conflictos (RAC)”, refiere que:

“...Según lo señala el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el acceso a la justicia debe hacer referencia a las posibilidades de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política, creencias religiosas, de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas. Para el PNUD, la base para constatar el mecanismo de Resolución Alternativa de Conflictos en el marco de una política pública debe considerar los siguientes aspectos:

- Se deben considerar políticas sustantivas e instrumentales. Las primeras buscan alcanzar un resultado y las segundas se defienden como herramientas para concretar políticas sustantivas.
- Para planificar mecanismos se deben privilegiar las necesidades específicas de los usuarios.
- Se deben diversificar los instrumentos utilizados en cada mecanismo para permitir un mayor grado de flexibilidad en los conflictos que se vayan resolviendo.
- Las políticas deben comprender diferentes alternativas de mecanismos y no centrarse en un solo modelo de solución.
- La planificación debe ser pensada desde una perspectiva de descentralización (macrozona, región, comuna, etc.).
- En Chile el mecanismo debe funcionar mediante una acción coordinada entre el Poder Legislativo, Poder Judicial (Corte Suprema), Defensoría Pública y Ministerio Público.

- Empoderamiento en derechos de la población.
- Desjudicialización de determinados problemas jurídicos a través de la ampliación del ámbito de actuación de mecanismos tradicionales de resolución de conflictos.
- Incorporación de determinados mecanismos alternativos de resolución de conflictos al ámbito judicial.
- Promoción de los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- Potenciación de la participación de la sociedad civil en las reformas del sector de justicia.
- Simplificación de los procedimientos jurídicos.
- Fortalecimiento de la red de información intra-institucional...” (Dirección de Estudios Corte Suprema, 2018, pp. 57-58).

Sumado a lo anterior, estos mecanismos pueden operar en diversas áreas del quehacer nacional (en materia comercial, penal, escolar, salud, vecinal, intercultural, laboral, etc.), y particularmente del Derecho. Se visualiza el conflicto como una posibilidad virtuosa de mejora, de manera tal que hechos similares no vuelvan a repetirse en el tiempo. El proceso permite a las partes el llamado “deuteroaprendizaje” respecto de los que participan en un proceso de mediación ya que adquieren herramientas concretas para poder resolver nuevos conflictos que se les presenten.

Finalmente, debemos señalar que en nuestro país la inexistencia de Políticas Públicas, la carencia de institucionalidad técnica y la normativa inorgánica de los RAD, tiene una explicación más profunda que se vincula al acceso y calidad de la justicia, ya que el Estado chileno no ha definido una política pública en este sentido, ni ha sido prioridad en cuanto a destinación de recursos. Al respecto, el profesor Carlos Peña señala que,

“el objetivo a alcanzar puede ser definido como el de brindar la posibilidad, a los sujetos de derecho, de acceder a la tutela judicial o, de otro lado, ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder con el menor costo posible a un procedimiento efectivo– no necesariamente judicial– de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias, se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, a la creación de más tribunales o a la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir– y de hecho ha conducido en el derecho comparado– a diversificar las formas de resolución, alternando los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto. De entre esas dos formas de definir los objetivos de una política pública en esta área –lo que he llamado el problema del óptimo social–, creo que hay buenas razones para optar por el segundo objetivo en vez del primero, es decir, creo que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, me parece que es necesario tender a diseñar y alentar una protección accesible, plural y heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos...” (Peña, 2011, pp. 109-132).



BIBLIOGRAFÍA

Betancourt, J. (2018). Reexaminando la noción de Resolución Alternativa de Disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia 'no jurisdiccional'. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(2), 211-248. Doi:10.20318/cdt.2018.4376

Vargas, M. & Lillo, R. (2017). El Derecho de Acceso a la Justicia Civil en Chile. En Centro de Derechos Humanos (Ed.) *Informe Anual de Derechos Humanos* (Cap. VIII, pp. 353-382). RM., Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2018). *Comportamiento estadístico de los SARC en el Poder Judicial: ¿Es posible alcanzar las metas propuestas en el Plan Estratégico al año 2020-2030* (Artículo, IDECS: 1904, Rev. 2). Recuperado de: <http://decs.pjud.cl/articulo-comportamiento-estadistico-de-los-sarc-en-el-poder-judicial-es-posible-alcanzar-las-metas-propuestas-en-el-plan-estrategico-al-ano-2020-2030/>

Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2018). *El Rol de la Política Pública en el acceso a la Justicia y la resolución alternativa de Conflictos (RAC)*. En *Revista de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema*.

Historia de la Ley N° 19.334 (1994, 7 de octubre). Recuperado de: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7208/>

Historia de la Ley N° 19.966 (2005, 4 de marzo). Recuperado de: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5682/>

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). Reformas Judiciales y Acceso a la Justicia. En *Acceso a la Justicia (N°2)*. Recuperado de: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2.-Acceso-a-la-Justicia.pdf>

Lagos, M. (2016). Incorporación de la Mediación en el Derecho Chile: análisis crítico. En Jequier, E. (Ed.). *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*. RM., Santiago: Ediciones Jurídicas.

Lagos, M. (2017). Resolución de Conflictos en Chile, a 50 años de la propuesta del sistema multipuertas de Frank Sander. En *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 37(1).

Lagos, M. (2018). Institucionalización de la Mediación familiar en Chile, a más de 10 años de su establecimiento. En Reuters, T. (Ed.). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos - Estado actual, problemas existentes y propuestas*.

Ministerio de Justicia (2011). *Estudio Práctico de Unidades de Justicia Vecinal: Diseño de una Política Pública a partir de la evidencia*. [Documento de trabajo de la Dirección de Gestión y Modernización de la Justicia del Ministerio de Justicia].

Ministerio de Justicia (2014). *Evaluación de Resultados e Impacto del Estudio Práctico de las Unidades de Justicia Vecinal-Resumen Ejecutivo*. [Documento de trabajo de la Dirección de Gestión y Modernización de la Justicia del Ministerio de Justicia].



BIBLIOGRAFÍA

Peña, C. (2011). *Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos*. [Documento de trabajo que forma parte de una investigación financiada por la Corporación de Promoción Universitaria] Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf, visita efectuada el 12 de agosto de 2019.

Poder Judicial (s.f.) *Planificación estratégica 2015-2020*. [Presentación] Recuperado de: <http://www.aprajud.cl/articulo-archivo/plan.pdf>

Poder Judicial (2016) *Juntos Construyamos Centros de Justicia Ciudadanos*. [Documento de trabajo] Recuperado de: <https://derecho.uahurtado.cl/web2019/wpcontent/uploads/2016/08/Centros-de-Justicia-Ciudadanos.pdf>

Ury, W., Brett, J. & Goldberg, S. (1995) *Tres enfoques para resolver disputas: Intereses, derechos y poder*. En Highton E., Alvarez, G. & Tapia, G. (Eds.) *Como resolver las disputas (Primera parte)*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores.



MATERIAL DE APOYO DOCENTE

**MECANISMOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**
