

¿QUÉ TÉCNICAS SE PUEDEN USAR PARA CONCILIAR?

Autores:

Carolina Muñoz Díaz¹

Luis Meza Marín²

1. INTRODUCCIÓN.

La conciliación se define como *un proceso de resolución de conflictos en el cual un tercero imparcial facilita la negociación entre partes proponiendo bases de arreglo o criterios objetivos para el logro de un acuerdo que resuelva el conflicto.*

La mediación en cambio se define como un proceso de resolución alternativa de conflictos en el cual un tercero neutral facilita el diálogo colaborativo entre las partes con el objeto que ellas encuentren por sí mismas una solución que resuelva el conflicto satisfaciendo los intereses de los involucrados.³

Marinés Suárez⁴ entiende por técnicas de mediación: *“un conjunto de procedimientos que han resultado de la constante imbricación de teorías y prácticas. Las técnicas son construcciones mentales, esquemas o guías de procedimientos que al aplicarlas producen efectos”.*

Quien concilie o medie debe desarrollar una actividad comunicativa que no sólo se enfocará en el asunto jurídico, también debe estar atento a las condiciones personales y psicológicas que conllevan las partes, al estar involucradas en un conflicto de intereses de relevancia jurídica. Mientras mayor información tenga el experto, tendrá mayores posibilidades de abordar con éxito la mediación y la conciliación.

La comunicación es en sí misma la técnica por esencia, involucra una parte de contenido y una parte de relación, se debe prestar atención al lenguaje verbal y no verbal, se ha estudiado que el lenguaje no verbal comunica en mayor medida, pues potencia la persuasión y mantiene la atención del interlocutor.

¹ Jueza del Juzgado de Familia de Curicó.

² Juez del 2° Juzgado de Letras de Osorno.

³ Pág. 11. Modelo de Atención Línea de Solución Colaborativa de Conflictos, Junio de 2015 Corporación de Asistencia Judicial, Ministerio de Justicia.

⁴ Marinés Suárez. Mediación, Conducción de disputas, comunicación y técnicas Edit. Paidós (página 59) citado en página 13, en La Mediación: Características, Modelos, Proceso, Técnicas y Herramientas de la Persona Mediadora, y Límites a La Mediación”, en curso de Diploma de Formación de Personas Mediadoras.

2. APLICABILIDAD DE LAS TÉCNICAS DE LA MEDIACIÓN A LA CONCILIACIÓN JUDICIAL. POSIBLES RIESGOS.

Es posible aplicar las técnicas de la mediación al proceso de conciliación, pues se trata de técnicas comunes a los distintos mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

Para evaluar los riesgos que las técnicas de la mediación pueden revestir si son aplicadas en la conciliación judicial, debemos indagar sobre la naturaleza del trámite de conciliación. Carnelutti la ubica como un intermedio entre la mediación y la jurisdicción, pues toma de la mediación la intervención de un tercero que busca que las partes logren un acuerdo, pero la distingue de la jurisdicción en que esta busca una solución contractual cualquiera, mientras que la conciliación busca una composición justa. Calamandrei, la considera un acto judicial más no jurisdiccional. Al respecto, prima entre los autores la idea de que la conciliación judicial no es un acto jurisdiccional. No obstante que el mandato a este tercero, juez o jueza, es entregado por la voluntad de las partes, en el contexto de la conciliación, el ente jurisdiccional ejerce mecanismos de control respecto de la voluntad de las partes, pues hay zonas en las cuales la voluntad de las partes no puede disponer, luego, esta función controladora de la voluntad que ejerce el juez o la jueza es una expresión propia de la potestad jurisdiccional.⁵

Estimamos que, las técnicas de la mediación, no revisten por sí mismas un riesgo o peligro, sino que más bien el riesgo o peligro está dado por la aplicación de estas, considerando la materia, el contexto, el rol que cumple el juez o jueza y los principios del procedimiento.

Mención aparte merece la técnica del caucus, técnica de la mediación que consiste en una **reunión privada, individual y confidencial** que se realiza por separado con cada una de las partes, luego de haber realizado una primera sesión conjunta. Esta técnica se estima incompatible con la conciliación, pues se riñe con la imparcialidad y con el principio de publicidad, garantía para los justiciables y la ciudadanía en general.

3. CONCLUSIONES.

El estudio de las técnicas de mediación en relación con la conciliación judicial nos evidencia que existe la necesidad de un marco normativo más desarrollado y actualizado a los requerimientos de los procedimientos reformados. El marco existente – contenido básicamente en el Código de Procedimiento Civil, título II del libro II, artículos 262 a 268- data de inicios del siglo pasado. Un marco normativo actualizado, debería contener normas y límites de actuación

⁵ Pág. 60, “La conciliación en familia”, módulo IV, Implicancias de la actividad conciliatoria en la sentencia. Marianella Ledesma Narváez.

más definidos para la judicatura, pues así sería posible abordar las dificultades que se han evidenciado cuando el juez debe responder a esta lógica auto y hetero compositiva.

Dentro de una reforma sobre conciliación, consideramos que sería imprescindible establecer expresamente la prohibición de que esta se desarrolle sin registro de audio, bajo sanción de nulidad en el caso que aquello ocurra.

Una propuesta sería mitigar, por la vía de establecer alguna limitación general, sin desincentivar la práctica conciliatoria, la norma establecida en el artículo 263 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que las opiniones que emita el juez no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa, estimando que el concepto de “opiniones” es demasiado amplio, en su lugar se propone: “las opiniones generales que emita el juez no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa, excluyendo aquellas que involucren un juicio anticipado del caso concreto”. El objetivo que se persigue es que la conciliación sea un mecanismo realmente eficiente y evitar excesos y arbitrariedades del juez en la actividad conciliadora. Fornaciari, indica, “Debe ser delimitada con mayor precisión, evitando que se viole la igualdad de las partes en el proceso o se vulnere su derecho a defensa, o en fin, que el magistrado incurra en un prejuzgamiento”⁶.

Opinar lleva implícito abrazar una determinada postura o posición, lo que evidencia la complejidad de conciliar y posteriormente juzgar, si la primera se ve frustrada. Por lo mismo, consideramos que la norma sería más cautelosa si se acotara a “opiniones generales”, que impliquen la presentación a las partes de las posibilidades que pueden ocurrir en el resultado del juicio, pero en términos generales. Veamos a continuación un ejemplo o proposición concreta de lo que se indica: En materia de familia, en un caso de relación directa y regular, pudiese el juez proponer un determinado régimen comunicacional entre un progenitor y un hijo o hija, indicando que las partes deben considerar que este régimen es un derecho de los niños, niñas o adolescentes, que es beneficioso para el desarrollo de la personalidad de estos que sostengan relaciones con ambos progenitores, siempre que no existan factores de riesgo involucrados.

Al contrario, las opiniones que no estarían permitidas serían, a modo de ejemplo y en el mismo caso antes enunciado, proponer un determinado régimen de relación directa y regular, aludiendo a un informe o antecedente de la causa que más tarde tuviese que valorar como medio de prueba, o argumentando que la parte vencida puede verse expuesta al pago de las costas, que el costo de los informes periciales para demostrar una alegación o defensa es costoso, que la

⁶ Pág.55, “La conciliación en familia”, módulo IV, Implicancias de la actividad conciliatoria en la sentencia. Marianella Ledesma Narváez.

duración del juicio puede ser extensa, pues todas estas fundamentaciones implican una presión indebida, es decir, un condicionamiento a la libre voluntad de las personas en orden a llegar a un acuerdo, pues estas tienen derecho al juicio y a evaluar, en forma personal y con asesoría letrada, las ventajas y desventajas de llevar adelante un juicio versus una conciliación.

Lo anterior implica un desafío intelectual de fundamentación para el juez o jueza, que debiese sustentarse en el conocimiento normativo de la materia que se somete a su conocimiento, un esfuerzo por abstraerse de la función de juzgar y limitarse más bien a presentar las distintas posibilidades de término que puede tener un juicio.

En este sentido, la principal ventaja que se advierte, con la propuesta normativa enunciada, consiste en dar efectividad a los derechos establecidos en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, la igualdad ante la ley, N°3, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, todo lo cual, puede finalmente redundar en una mayor confianza hacia el sistema de justicia. Las desventajas que esta propuesta puede acarrear, dicen relación con la posición de neutralidad que asume y debe tener el juez o jueza- pero no menos activa- lo que podría, pero no necesariamente, importar un menor número de conciliaciones, lo cual habría que evaluar empíricamente.

Una propuesta alternativa a la anterior, que permitiría soslayar las dificultades o conflictos que se producen por el hecho de desarrollar la misma persona el rol de juez/jueza y conciliador/conciliadora, consistiría en que se contemplara una audiencia especial de conciliación, previa a la audiencia preparatoria, que fuese dirigida por un juez o jueza que posteriormente no intervenga en las siguientes audiencias, de preparación o de juicio, mediante un sistema de rotación que permitiera la operatividad de tal diseño, sin necesidad de contemplar jueces o juezas que se dediquen exclusivamente a la conciliación. La ventaja que se puede derivar de aquello sería por una parte el tiempo que se puede destinar para conciliar, al contemplar una audiencia exclusivamente para ese efecto, asimismo, se salva el inconveniente que el juez o jueza pueda manifestar una opinión que constituya un prejuizgamiento del asunto sometido a su conocimiento. Se advierte que la propuesta tendría inconvenientes relacionados con la falta de dotación necesaria para estos fines y con los excesos en los cuales se podría incurrir ante un mayor margen de libertad. De lo expuesto, se infiere que existe una tensión permanente en el ejercicio de los roles que se comentan, pues aun cuando el juez o jueza se dedicara exclusivamente a conciliar no puede escaparse de su propia naturaleza de cumplir un rol público en la administración de justicia, pese a que su intervención en una audiencia única de conciliación, sin intervención posterior en la causa, privaría a este trámite de su naturaleza de conciliación y no tendría diferencias con la mediación.

En cuanto al consejo técnico, la función de dichos profesionales es asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad. En la práctica de los tribunales de familia se ha cuestionado el rol que ejercen los consejeros, cuando previo al inicio de las audiencias, entrevistan en forma privada a las partes y en ese contexto proponen bases de acuerdo que finalmente pueden ser aceptadas por estas y ratificadas por en la audiencia, con la presencia del juez o jueza, quien presta finalmente aprobación a la conciliación, sin haber propuesto bases de acuerdo.

El consejo técnico conoce y utiliza las técnicas de la mediación, por lo tanto, a nivel legislativo pudiese considerarse la práctica antes descrita, estableciendo que puedan realizar mediación entre las partes, como un filtro previo a la intervención del juez o jueza, luego, en el evento de existir acuerdo en mediación, se levantaría un acta y pasaría a la aprobación del tribunal. Para el caso de no existir acuerdo, el procedimiento seguiría su curso y, nada impediría que, el consejo técnico pudiese intervenir en la audiencia preparatoria emitiendo opinión técnica o sugiriendo los términos de conciliación al juez o jueza. En este punto, se podría argumentar que no puede tratarse del mismo consejero o consejera que intervino previamente en la mediación, pues las partes o alguna de ellas pudiese sentirse en un posición de desventaja, estimando que concurre alguna suerte de inhabilidad de parte del profesional, pese a no estar contempladas las causales de inhabilidad con respecto al consejo técnico, sin embargo, haciéndose cargo de aquello, pudiese salvarse dicha situación, previniendo expresamente que debe intervenir en la audiencia un consejero diferente al que intervino en la etapa previa a la audiencia. Sin embargo, considerando que el consejo técnico también puede incurrir en excesos o arbitrariedades, sumado a la poca dotación profesional, podría resultar más útil el consagrar expresamente la limitación referente a que el consejo técnico debe actuar dentro de la audiencia preparatoria, para efectos de ejercer las atribuciones que establece la ley.