

El poder transformador de la mediación y la conciliación desarrollada en sede judicial

The transforming power of Mediation and Courthouse Conciliation

Gustavo Fariña

Fundación Libra, Buenos Aires, Argentina

Manuscrito recibido: 11/11/2015

Manuscrito aceptado: 05/12/2015

Resumen: La emisión de opiniones puede poner en riesgo la credibilidad del conciliador como tercero neutral frente a las partes así como limitar ampliamente los beneficios que la conciliación le puede reportar a los participantes en cuanto al reconocimiento de su capacidad de autodeterminación y las implicancias a nivel personal y relacional del fortalecimiento sobre la conciencia de lo que cada uno es capaz de hacer. No pensar en el acuerdo como único objetivo del proceso permitirá que las partes puedan lograr resultados intermedios; no necesariamente menos importantes. Las audiencias de conciliación pueden ser el espacio adecuado para que la gente pueda sentir que recupera «voz», que lo que tiene para decir es importante y que hay alguien en representación del Estado a quien le interesa su situación.

Abstract: Giving one's opinion might jeopardize a conciliator's credibility as a neutral third party, and largely limit the benefits conciliation might provide participants with in terms of recognizing their self-determination abilities and the personal and relational implications of reinforcing the awareness of what each party is able to do. Not focusing on the agreement as the only goal of the process will allow the parties to achieve intermediate results (which is not necessarily of lesser importance). Conciliation hearings might be the appropriate space for people to feel they take back their «voice», that what they have to say is relevant and that there is someone who represents the State and is interested in their situation.

Palabras clave: Mediación. Conciliación. Jueces. Audiencias. Transformador.

Keywords: Mediation. Conciliation. Judges. Hearings. Transforming.

Gustavo Fariña

Abogado y Mediador. Becario del Programa para visitantes y líderes extranjeros del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica (Washington, EEUU, 2008). Docente y mediador de la Fundación Libra desde el año 1994 a la fecha. Co-entrenador junto a Joseph P. Folger y el Instituto para la Transformación del Conflicto en mediación transformativa en países de habla hispana. Mediador familiar y penal del Centro de Mediación de la UBA (2008 a la fecha). Coordinador y Profesor del Programa de Actualización en Negociación y Resolución alternativa de conflictos del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de Mediación y RAD en las Escuelas Judiciales del Consejo de la Magistratura de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en el Plan de Capacitación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fuera de Argentina, docente sobre negociación, mediación y conciliación civil, comercial, laboral y comunitaria en Uruguay, Chile, Perú, Costa Rica, El Salvador, Honduras, República Dominicana, México y España, para Instituciones como B.I.D., Banco Mundial, USAID, UNICEF Internacional, Cámaras de Comercio y Colegios Profesionales, entre otros.

Distinción preliminar entre mediación y conciliación

En primer lugar y antes de desarrollar algunas ideas sobre la importancia particular de la utilización de estos procesos en sede judicial, será importante identificar sus características como métodos de resolución alternativa de disputas, atento a que no es poco frecuente que sean vistos como sinónimos o que se le atribuyan particularidades o diferencias erróneamente.

Tanto la mediación como la conciliación son procesos no adversariales. Los métodos enrolados en dicha categoría están diseñados para que las partes puedan buscar soluciones de forma conjunta y tengan la posibilidad de crear valor en vez de distribuirlo. No el uno contra el otro como ocurre por contraposición en los métodos adversariales, donde todo lo que una de las partes gana necesariamente lo pierde la otra. El solo hecho de que el tercero no tenga poder de decisión respecto del conflicto ya cambia el modo en que las partes interactúan con él y entre ellas al no ser necesario intentar convencerlo respecto de quién lleva la razón en el tema que se discute. Este es el punto de partida para evitar que las partes se vean como adversarios en una batalla donde solo uno puede erigirse como ganador. Eso no significa que automáticamente colaboren, pero sí que es un factor –entre otros– que favorece en gran medida que lo puedan hacer. Ambos procesos son informales, no están atados a pautas procesales preestablecidas, aunque en algunos contextos normados podemos reconocer formalidades o ritos a cumplir en cuanto al modo de convocatoria, presentación de las partes, registro del resultado de la audiencia a efectos de acreditar el paso por la misma para la posterior habilitación de la instancia judicial, etc. Por ejemplo, en Argentina es un paso previo y obligatorio en los Fueros Civil y Comercial el cumplimiento de la instancia de mediación desde el año 1996 con la entrada en vigencia de la ley 24.573 (1996) sobre Mediación prejudicial obligatoria reemplazada, y vigente a la fecha por la ley 26.589 (2010) sobre Mediación y conciliación, o previo a las causas que se deban iniciar en la Justicia del Trabajo con la instancia de conciliación laboral obligatoria regulada en la ley 24.635 (1996) sobre Procedimiento Laboral; conciliación obligatoria previa, que modificaba la Ley 18.345. En ambos casos, el tercero neutral designado asiste a las partes a lo largo del proceso, pero son estas quienes toman las decisiones sobre el contenido de la disputa y finalmente sobre acordar o no hacerlo. Puestas de manifiesto a grandes trazos las similitudes, la diferencia esencial entre la mediación y la conciliación radica en que en esta última el conciliador se encuentra facultado para proponer formulas de acuerdo. Esta facultad no constituye un tema menor, ya que es en la práctica justamente que las posibles consecuencias y efectos en las partes de la formulación de propuestas por parte del

conciliador constituyen el fundamento que motiva sostener que es recomendable restringir al máximo dicha facultad con vistas a preservar la autodeterminación de las partes y la obtención de posibles e importantes beneficios para ellas derivados del principio de autocomposición. De hecho, ni el conciliador está obligado a proponer formulas ni el mediador –entre las cuatro paredes de la sala– está impedido de hacerlo (los usuarios de los servicios de mediación pueden dar fe de cómo muchas veces el mediador propone fórmulas o sugiere ideas a las partes). El problema no radica en lo que puede o no hacer el tercero neutral, sino en tener registro del impacto que genera sus intervenciones en las partes con relación a la percepción de éstas sobre su neutralidad; y, sobre todo, si lo que hace es coherente con el enfoque u objetivos de la mediación. Si defendemos como característica esencial de la mediación y la conciliación la autodeterminación de las partes, cualquier intervención que vaya en contra de este principio (sugerir, opinar lo que deberían hacer, lo que está bien o mal, etc.) iría en contra del principio mencionado.

Algunas prácticas que han llevado a olvidar los «valores» que ofrece la conciliación y la mediación

De hecho, la «facultad» de proponer fórmulas de acuerdo en la mayoría de los contextos donde se ha aplicado la conciliación en la Argentina ha llevado a hacer un uso (y abuso) permanente de la formulación de propuestas casi como una herramienta excluyente para lograr el «acercamiento» de las partes involucradas. A ello se suma el hecho de que se formulan en etapas inadecuadas del proceso: muchas veces casi al comienzo de la sesión, apenas después de escuchar las «posiciones» de las partes, lo cual implica emitir una opinión desconociendo los «intereses» de las partes y basada solamente en la postura o reclamo inicial, que tiene poco que ver con lo que cada parte verdaderamente necesita. Lo expuesto es un ejemplo adicional de la inconveniencia de proponer formulas inclusive desde el punto de vista de la oportunidad para quienes siguen el enfoque de trabajo que plantea el modelo de mediación basado en la Escuela de Harvard, donde se enseña que los conflictos se generan como un choque de posiciones –demandas o reclamos– y es necesario identificar los intereses para luego pasar a una etapa donde se puedan generar opciones de mutuo beneficio que apunten a la satisfacción de dichos intereses.

Al reemplazar el trabajo genuino de las partes buscando una solución al problema a través de nuestras opiniones o sugerencias, privamos justamente a la mediación/conciliación de los efectos de una de las características esenciales que lo diferencian de otros mecanismos: la autodeterminación. A mi entender, tal vez una de las razones fundamentales por la que pudiendo formular propuestas se termina abusando

de esta facultad, radica en la tendencia natural que los seres humanos tenemos a opinar sobre el conflicto o sobre las actitudes de los otros; y ello genera también, cuando somos parte en un conflicto, la tendencia a esperar que los demás nos digan qué es lo que tenemos que hacer. Eso es lo que hemos aprendido y hacemos sobre todo en sociedades autoritarias, donde no hay muchos antecedentes ni espacios actuales para resolver los conflictos asumiendo el protagonismo y la responsabilidad de encontrar entre las partes involucradas la solución al caso. De hecho, inclusive entre los mediadores es una gran dificultad y desafío permanente el intentar no emitir opiniones o juicio de valor sobre las actitudes, decisiones o resultados a los que arriban las partes en los conflictos en los que intervenimos.

Resulta relevante la identificación de modos de comportamiento identificados por Ury, Brett y Goldberg (1988) para resolver conflictos en un sistema (grupo, organización, comunidad, sociedad, etc.) a través de la utilización del Poder, la aplicación del Derecho o la satisfacción de los intereses. En dicho trabajo grafican esta clasificación con una pirámide invertida dividida en tres sectores. En la base, siendo el segmento más significativo, el Poder, en el centro, con una importante porción del total, el Derecho y en la cúspide (invertida y mucho menos significativa en proporción sobre el total con relación a los otros dos segmentos) los intereses. Plantean que esa imagen implica una sociedad que resuelve la mayor cantidad de conflictos en función del Poder, una franja importante a través del Derecho y una ínfima cantidad a través de los intereses es un sistema que resuelve sus conflictos ineficientemente. Para ello proponen invertir la pirámide y que la base sea ocupada por mecanismos que promuevan la satisfacción de los intereses; que la franja del medio sea ocupada por el Derecho y que signifique que los jueces se ocupen de las causas donde las partes no han podido previamente y a través de métodos alternativos resolver la disputa; y, finalmente, en la cúspide y ocupando un lugar mucho menor, la utilización del Poder (Ury, Brett y Goldberg, 1988). En la República Argentina, así como en los diarios en las secciones internacionales, vemos a diario como los conflictos sociales y particulares son resueltos o gestionados por las partes siguiendo el sistema ineficiente (la pirámide invertida). Históricamente el único modo que ofreció el Estado a los particulares para la resolución de las disputas fue recurrir a los Tribunales; se creaban nuevos y al poco tiempo éstos colapsaban (conforme informe del Banco Mundial publicado en el Boletín N°1 del Centro de estudios judiciales de la República Argentina, CEJURA). A partir del año 1996 se inició en la Argentina como política de Estado la implementación de métodos de resolución alternativa de conflictos basados en los intereses. Sin perjuicio de este intento, que sin lugar a dudas comenzó a revertir la pirámide descripta dándole

una mayor amplitud a la franja donde se ofrecían mecanismos diseñados para promover la resolución, destacando la autonomía de las partes y basándose en la satisfacción de los intereses, durante los últimos 15 años la utilización del Poder ha crecido fuertemente como recurso para resolver conflictos. Es utilización del poder el corte permanente de las rutas, autopistas, calles, huelgas sin aviso previo como modo de forzar negociaciones salariales, y un sin número de conductas competitivas. La toma de calles y cortes por alumnos de establecimientos educativos es para un análisis aparte, ya que demuestra cómo a resolver conflictos se aprende, y las nuevas generaciones están utilizando modelos de comportamiento que han visto utilizar a los mayores.

A su vez, también ha existido una sensible reducción respecto de los posibles objetivos y ventajas que estos métodos pueden ofrecer a las partes y que fundamentaron en gran medida su instalación como política de Estado en la Argentina. La implementación (y práctica) de la mediación y la conciliación se orientó hacia la obtención de un objetivo básico que es la realización de un acuerdo. Si buscamos en las exposiciones de motivos de diversas normativas que instalaron sendos mecanismos, como por ejemplo la Ley 26.589 (2010); Ley 24.635 (1996); ley 24.573 (1996), en la doctrina que sostenía o propiciaba su implementación (Highton y Alvarez, 1998) y en la evaluación sobre los resultados de los incipientes programas, encontraremos que entre los objetivos principales (además de evitar la judicialización de los conflictos) se hallaban otros con la misma jerarquía, tales como ofrecer a la población mecanismos más democráticos, devolverle el protagonismo y la decisión sobre los conflictos a las propias partes, que puedan desarrollar habilidades en la mediación o conciliación que puedan replicar en futuros conflictos, etc. La mayoría de los programas conectados con los Tribunales están orientados básicamente a disminuir la cantidad de causas que ingresan al sistema judicial. Tanto los aranceles de honorarios de la mediación como las pautas para evaluar los resultados de los Programas y Sistemas que brindan servicios de mediación están basados principalmente en la realización del acuerdo. Sobre el punto, y a modo de ejemplo, los honorarios establecidos por la labor del mediador en el Decreto reglamentario 1.467 (2011) que reglamenta la ley 26.589 de 2010, se fijan en función del monto del acuerdo al que lleguen las partes. En caso de finalizar con acuerdo se tendrá en cuenta el monto de la sentencia. De acuerdo a esto, si la mediación finaliza sin acuerdo el mediador es «sancionado» en el tiempo de percepción de los honorarios o inclusive, no pocas veces, atento los avatares y los tiempos del proceso judicial, puede que inclusive nunca cobre por su trabajo. Lo expuesto implica una clara presión sobre el mediador hacia la obtención del acuerdo. Con relación a la evaluación de los Programas donde se ofrecen servicios de mediación, es co-

mún encontrar referencias a éstos basadas en los porcentajes de acuerdo que se alcanzan. Existen Programas donde se desarrolla el enfoque transformativo de mediación donde las encuestas de satisfacción que los participantes completan al finalizar la mediación, relevan aspectos que van más allá de si acordaron o no y si están conformes con ese resultado (por ejemplo: si han podido sentirse escuchados; si, producto de su paso por la mediación, sienten o han sentido una mayor confianza en su capacidad para tomar decisiones, que pueden considerar valioso del proceso de mediación, etc.). Es por ello que el objetivo básico del mediador, casi como fin excluyente de la mediación, se centra en el acuerdo y la necesidad de arribar a éste induce a hacer todo lo posible para llevar a las partes hacia ese lugar aún cuando éstas no lo vean conveniente.

Algunas razones por las que el mediador y el conciliador no deberían proponer ideas aun estando conceptualmente habilitado este último para hacerlo

La emisión de opiniones puede poner en riesgo la credibilidad del conciliador como tercero neutral frente a las partes, así como limitar ampliamente los beneficios que la conciliación le puede reportar a los participantes en cuanto al reconocimiento de su capacidad de autodeterminación y las implicaciones, a nivel personal y relacional, del fortalecimiento sobre la conciencia de lo que cada uno es capaz de hacer. Como dijimos anteriormente, en la intimidad de la audiencia de mediación al mediador nada le impide formular propuestas; y, por otra parte, el conciliador está facultado a hacerlo. Entonces, al margen de la distinción conceptual sobre lo que cada uno puede o no hacer y la explicación de la tendencia natural a opinar explicada antes, ¿por qué decimos que generar propuestas o fórmulas de acuerdo puede ser riesgoso y proponemos abstenerse de hacerlo (como teóricamente debería hacerlo un mediador), o por lo menos optar por un perfil de conciliador extremadamente cuidadoso en la utilización de este recurso? Por tres razones básicas:

La primera razón, se basa en que, lo que opinamos sobre los demás respecto de lo que deberían hacer o no hacer, lo que es mejor para ellos o no, puede ser aplicable para nosotros pero no necesariamente para los demás. Todos somos diferentes, tenemos historias y experiencias a lo largo de la vida que han moldeado nuestra escala de valores y definen el modo en que percibimos y pensamos las cosas. Por ello, las «soluciones» que son buenas o viables para nosotros, probablemente no lo sean para los demás. En un conflicto en el que interviene un tercero neutral no hay dos escalas de valores o modos de opinar en juego, hay tres: los de las partes y el del mediador/conciliador. Es por eso que podemos afirmar que la mentada neutralidad no existe, ya que siempre tendremos una

opinión formada sobre los contenidos de las disputas, actitudes de las partes, etc. En mi caso personal reconozco que era mucho más neutral antes de tener hijos en las mediaciones en cuestiones de familia que después de tenerlos. Eso no significa que no pueda ser imparcial. Implica que debo reconocer mi parcialidad, saber que las opiniones que tengo son propias producto de mi historia y subjetividad y no necesariamente serán aplicables o compartidas por las partes en su situación. La neutralidad no existe, se construyen intervenciones imparciales partiendo de la base de su inexistencia. Mucho se ha escrito sobre la neutralidad, y la mediación ha intentado nutrirse sobre el tema con desarrollos teóricos aplicables a otras actividades. Así, Florencia Brandoni en 1997, explica «...Freud enuncia la *regla de abstinencia* para el psicoanalista como condición para el desarrollo de la cura: «el analista es no neutral por naturaleza, por su mera condición humana; pero en el curso de un análisis, se abstiene». La abstinencia implica: a) Abstenerse de disparar rápidas y lúcidas conclusiones, b) Abstenerse de nuestras preferencias y prejuicios delicadamente cultivados, porque somos sujetos de riesgo que como todos nos identificamos con aquello que resuena en lo más recóndito de nuestro ser, c) Abstenerse de proponer soluciones, pretendiendo saber qué es lo mejor para el otro y lo que le conviene...». (Brandoni, 1977). En síntesis, por el simple hecho de ser humanos y tener una escala de valores formada, historia personal, etc., se nos hace imposible ser neutrales. El desafío será poder «abstenernos», como dice Freud, de la tendencia natural en nuestras intervenciones. El actor y entrenador de actores argentino Lito Cruz hace un aporte útil a los mediadores si efectuamos una analogía entre la labor del actor y la del mediador: «El actor para desempeñar un papel que puede estar situado a años luz de su propia forma de pensar o sentir, deberá intentar suspender su juicio de valor, para así sin juzgarlo poder comprender (agrego, sin necesidad de compartir) la lógica de pensamiento, situación y contexto del personaje» (Fariñas, Cruz y Cruz, 2014). En palabras del actor argentino otro modo sería «...conectarse con lo bueno de cada persona...», que también para los mediadores implica un modo de «legitimar». Lo expuesto es totalmente aplicable para un mediador. Mientras se intenta trabajar del modo propuesto, la o las partes no se sentirán juzgadas, y esto facilitará que puedan expresar su sentir, contar su visión de la situación sin necesidad de justificarse. Este será un camino posible, pero para suspender el juicio de valor deberemos primero reconocer que tenemos una valoración sobre el otro que surge espontáneamente. Este conocimiento o auto inspección personal constituirá una de las tareas más complejas de la labor en mediación y debería ser el punto de partida de cada intervención para lograr ser imparcial y menos directivo. Un modo útil de trabajo en la mediación/conciliación es partir de esta premisa, saber cuál es mi opinión al respecto para, en base a ello, poder tener registro

sobre el modo en que impacta en mí lo que las partes dicen y poder «actuar» o construir la imparcialidad. Si no hago esto, todas mis intervenciones estarán teñidas con el juicio de valor que subyace. Esta explicación es un intento de mostrar por qué las opiniones no son inocentes, sino que están basadas en nuestra subjetividad.

La segunda razón, siguiendo lo expresado en el punto anterior, cuando emitimos una idea o una opinión le brindamos información a las partes sobre lo que pensamos respecto del problema, sus acciones y, en definitiva, muchas veces sobre lo que creemos con relación a quién tiene razón y quién no la tiene. Exponer nuestro pensamiento de este modo pone en serio riesgo la percepción que las partes tienen sobre nuestra participación y en definitiva sobre nuestra imparcialidad. Le cuesta mucho trabajo al mediador o conciliador generar empatía y confianza en las partes a lo largo del proceso y gran parte de esto se logra al demostrar que nuestras intervenciones no están sostenidas en un juicio de valor respecto de sus conductas. Todo esto puede ponerse en riesgo y hasta perderse al formular propuestas. La verdad es que en la práctica ni siquiera los conciliadores (y muchos mediadores) hacen esto sobre el final, sino que lo hacen desde el comienzo. Lo que naturalmente nos sale a las personas es opinar sobre lo que los demás deben hacer. El mediador no es ajeno a esto y por ello debemos hacer el máximo esfuerzo para contrarrestar esa tendencia.

Por último, la tercera razón es que es mucho más probable que la gente cumpla un acuerdo si éste fue producto de su propia reflexión que si éste le fue sugerido o propuesto por un tercero. Según información brindada por Magistrados de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Justicia Nacional de la República Argentina, el 80% de las sentencias judiciales se incumple. En contraposición, la misma fuente informa que menos del 10% de los acuerdos realizados en mediación requieren de un proceso de ejecución judicial posterior para solicitar su cumplimiento.

Cuando llegue el momento de honrar ese acuerdo, si surgió de un tercero será más fácil pretender asignarle responsabilidad a éste intentado deslindarse del cumplimiento. Cuando un acuerdo es producto de que las propias partes llegan a la conclusión de que eso es lo que les conviene, que es el mejor escenario posible, es mucho más factible que sea cumplido.

Bien, ¿y si quiero o me parece útil proponer una fórmula de acuerdo?

En la práctica el problema no es tanto que el conciliador proponga formulas de acuerdo, sino en qué momento y cómo lo hace. Si soy conciliador y entiendo que estoy habilitado para formular propuestas y deseo hacerlo, debería realizarlo al final del proceso y no al comienzo. Una vez que estoy

en conocimiento de los intereses de las partes, de lo que necesitan, después de que hayan conversado e inclusive hasta haber podido descubrir las causas reales del conflicto, podría proponer alguna idea; pero no como algo a aceptar o rechazar por ellos, sino solo a modo de disparador de otras que puedan pensar ellos, y estando muy seguros de que lo que sugerimos no favorece a uno sobre el otro. Pero sobre todo, a sabiendas que esa «sugerencia» que estoy realizando proviene de mí y tal vez sea poco atractiva para las partes. Además, y casi fundamental, deberé saber que estoy realizando una intervención que no es consecuente con la idea central del proceso basada en la autocomposición y autodeterminación de las partes.

En la República Argentina se utiliza la conciliación como método de resolución alternativa de disputas en conflictos laborales a través del sistema de conciliación laboral obligatoria (Ley 24.365, 2010), en cuestiones de consumo en las oficinas de Defensa del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y, más recientemente, a nivel Nacional con la creación del sistema de conciliación en las relaciones de consumo (Ley 26.993, 2014), donde el conciliador es un «experto» en la materia. En todos estos casos se presupone la facultad del conciliador de proponer formulas de acuerdo, sumado a que también se le pide un conocimiento específico de la materia. Esto último se debe a que tanto en las cuestiones laborales como en los temas de consumo existe un desequilibrio de poder que el Estado intenta balancear a través de las normas de Orden Público, que, como sabemos, son límites o barreras a la autonomía de las partes. Del conciliador se espera en estos sistemas que funcione un poco chequeando o verificando que lo que las partes acuerden no esté por debajo de estos parámetros. Estar en gran medida atento a que, después, esos acuerdos serán homologados por la autoridad administrativa correspondiente; y en caso de que las partes hayan acordado sobre cuestiones sobre las que no tenían facultad para hacerlos, el acuerdo sería nulo. Por lo tanto, el conciliador, realizando un control sobre lo acordado, evita pérdidas de tiempo. De todas formas, en la práctica los conciliadores van mucho más allá que esta función de supervisar el Orden Público en el acuerdo. Muchas veces vemos conciliadores que directamente dicen lo que corresponde y lo que no, los rubros que proceden y los que no, y en definitiva, opinan sobre aspectos subjetivos o que hacen a la estrategia de negociación de las partes, desbalanceando la mesa sin que se trate de cuestiones donde el Orden Público esté en juego y, en definitiva, alejándose de su rol siendo totalmente parciales.

De todos modos, aún en los temas donde el conciliador intenta llamar la atención sobre algún punto del acuerdo que podría afectar -a su criterio- alguna norma que no debería ser transgredida, podría hacerlo manifestándolo abiertamen-

te o, como entendemos que sería más adecuado, ayudando a las partes con la ayuda de sus abogados a reflexionar sobre la viabilidad del punto; no restándoles protagonismo en la evaluación y decisión, y preservando su opinión (la del conciliador) sobre el tema. Lo que queremos decir es que muchas veces el conciliador pone en juego su pensamiento aún pudiendo hacerlo de otro modo. Siempre al final podrá oponerse o hacer una manifestación al respecto, pero si no se tiene en cuenta los riesgos que implica para la neutralidad y el costo que genera en términos de pérdida de empatía oponerse a lo que alguna de las partes desea, las intervenciones serán cada vez más directivas y parciales.

Ventajas de la mediación y posibilidad de acotar los riesgos que importa la conciliación para no perder los aspectos transformadores

Una de las virtudes que posee la mediación y la conciliación es la autocomposición. Esto implica, a diferencia de otros métodos donde lo que prima es la decisión de un tercero respecto de la disputa (adjudicación), la posibilidad de que sean las propias partes quienes conversen y puedan encontrar la solución al problema si lo consideran oportuno. Esto implica devolverle el protagonismo del conflicto a las partes. Una sociedad democrática y madura implica ciudadanos responsables que puedan manejar las diferencias con los demás y con habilidades para poder expresar esas diferencias, aprender del conflicto y buscar soluciones minimizando la intervención de terceros que decidan, quitándoles la posibilidad a ellos de encontrar el equilibrio perdido en sus relaciones con los demás. El poder que tiene el tercero neutral para intervenir y poder conocer de las partes los diversos aspectos del conflicto que las partes quieran y se permitan contarle radica justamente en la carencia de poder de decisión sobre el conflicto. No emite opinión sobre la cuestión, aun por supuesto teniéndola.

El juez en las audiencias de conciliación

Cada vez más en distintos Fueros, fundamentado tanto en el aval normativo como en la convicción de la utilidad y oportunidad, muchos jueces utilizan las audiencias de conciliación para intentar acercar a las partes. Lo que también es cierto es que son pocos los que se han entrenado o poseen conocimientos para hacerlo que van más allá de los adquiridos por la experiencia y los aprendizajes basados en la experiencia práctica del ensayo y error. Una de las herramientas más utilizadas por el juez es el sutil (y muchas veces no tanto) anticipo sobre la perspectiva de la sentencia. Basta que una de las partes sea consultada por el juez respecto sobre si sabe o imagina que se decidirá en la sentencia o si conoce su abogado cual es la jurisprudencia del Tribunal para que el profesional pida hablar con su cliente a solas y le «traduzca» lo que el juez les acaba de decir «entre líneas». En realidad el

mensaje no fue nada sutil; todo lo contrario, fue clarísimo en el sentido de que deberían acordar, implicando esto ya sea aceptar una oferta ya formulada por la otra parte o generar una. En estas situaciones es muy probable que las partes acepten un acuerdo, pero tenemos que reconocer que este mecanismo no es más que un ejercicio de presión. Aquí se perderá la posibilidad de que las partes por sí solas piensen soluciones y puedan replicar en futuras disputas entre ellos el proceso que les haya permitido arribar por sí mismas a un acuerdo. Se suma a esto la poco probable sustentabilidad del acuerdo alcanzado, ya que fue realizado bajo presión, y así lo sentirán las partes.

En contraposición a ello surgen las ideas que venimos desarrollando respecto de las ventajas de trabajar en conciliación de un modo no directivo y sin emitir opinión. Pero, por otra parte, también trabajar de ese modo y no pensar en el acuerdo como único objetivo del proceso permitirá que las partes puedan lograr resultados intermedios (no necesariamente menos importantes), tales como: escuchar al otro, comprender un poco más sobre el punto de vista del otro sin que esto implique compartir lo dicho, aceptar estar en desacuerdo, mejorar la interacción comunicacional, adquirir habilidades comunicacionales que puedan replicar fuera de la mediación, tomar conciencia de sus capacidades para tomar decisiones e incrementar su autoestima, permitirse reflexionar sobre los diversos intereses en juego, su importancia y cómo éstos se verían satisfechos en distintos escenarios posibles, siendo el acuerdo o la falta de acuerdo uno de estos escenarios. De hecho, el enfoque transformativo de Bush y Folger (1996) puede ser una herramienta sumamente útil para el conciliador a los efectos de evitar ser directivo y permitirle a las partes que puedan intentar alcanzar los beneficios expresados más allá de la posibilidad de arribar únicamente a un acuerdo. Cuando el conciliador trabaja solamente con vistas a lograr un acuerdo, pueden perderse de vista muchos de los aspectos importantes que expresamos antes y que las partes podrían obtener. Aun inclusive ante la falta de acuerdo, las partes podrían salir de la audiencia sintiendo que esta fue sumamente útil y han alcanzado importantes logros o beneficios. Una mediación puede considerarse exitosa aún cuando las partes no arriban a un acuerdo (Fariña, 2009). Si el acuerdo es posible, con seguridad llega después de trabajar sobre estos aspectos y será más duradero. Por otro lado, si se apunta solo al acuerdo o se presiona para llegar a éste, las partes probablemente sentirán la presión que el juez como conciliador efectúe y acordarán, pero será un acuerdo mucho más pobre y de una sustentabilidad dudosa; porque cuando las partes acuerdan bajo presión, no lo hacen en el entendimiento de que eso es lo mejor que pueden obtener como producto de su proceso de reflexión.

Hacia un nuevo paradigma del juez en su intervención en la resolución de las disputas

No es extraño desde hace algunos años ver como cada día en nuestro país (aunque lo expuesto es aplicable a diversos países en Latinoamérica) a medida que se incrementan las necesidades básicas que las personas tienen, aumenta la demandas en el sector de Justicia vinculado muchas veces con cuestiones que no tienen que ver con el rol del juez (necesidad inmediata de fijación de cuotas alimentarias sin que haya nadie del otro lado que pueda afrontarla, imposibilidad de esperar el transcurso de plazos judiciales en función de la existencia de necesidades acuciantes, sensación de desamparo, ausencia o cambio intempestivo por parte del Estado de normas que genera litigios entre particulares por su impacto en las contrataciones privadas, etc.). Sumado a todo ello, el incremento de sectores sociales excluidos o marginales genera a los integrantes de estos grupos sentimientos de vergüenza y humillación. La vergüenza reiterada socaba la autoestima y genera la sensación de pérdida de «voz», que a nadie le importa ni la situación ni lo que quien la sufre tenga que decir respecto a ella. La humillación es antecedente de la violencia (Nelson, 2001). Estoy convencido de que las audiencias de conciliación pueden ser el espacio adecuado para que la gente pueda sentir que recupera «voz», que lo que tiene para decir es importante y que hay alguien en representación del Estado a quien le interesa su situación. Cuando quien desempeña el rol del conciliador es el Juez o el funcionario judicial, estará demostrando interés y permitiendo que las partes puedan expresarse y contarle personalmente su perspectiva de la situación (inclusive todo aquello que no tienen contenido jurídico y que muchas veces es el centro o causa del conflicto que generó la demanda). Esto será fundamental para que al sentirse escuchado aumente su autoestima. Pero no solo servirá para lo que tiene que ver con el conflicto puntual y el sentir de la o las partes con relación a este, sino que ayudará a mejorar la imagen que la sociedad tiene respecto de la Administración de Justicia a través de la intervención preocupada y empática de ese magistrado o funcionario en la audiencia de conciliación. Para ello será necesario cambiar el paradigma del juez. Ya no aquel que dicta sentencia y aplica el derecho, sino un juez comprometido con la resolución de los problemas de las partes, más cerca de ellos, con la capacidad de demostrar comprensión sin necesidad de compartir lo que las partes le confían. Un juez con la habilidad de dar contención y que ayude a mitigar el dolor de quienes se encuentran en una contienda. Un juez que no piense que la conciliación está exclusivamente orientada a lograr evitar que una causa más llegue a sentencia, sino que pueda aprovecharse la oportunidad para ofrecerle a cada una de las partes en particular, y a la sociedad en general, mucho más que un acuerdo.

Referencias

- Bardoni, F. (1997). Apuntes sobre la neutralidad. *Revista Fundación Libra*, 3, 39-43.
- Bush, R. A. B. y Folger, J. P. (1996). *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento y el reconocimiento de los otros*. Barcelona: Granica.
- Decreto 1.467 de 2011 que reglamenta la Ley 26.589 de 2010 de la Nación Argentina. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/187495/norma.htm>
- Defensa del consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.buenosaires.gob.ar/defensaconsumidor/como-denunciar>
- Fariña, G. (2009). Algunas reflexiones con lo que entendemos por resultado exitoso en mediación». *El Dial.com, (Suplemento de Práctica Profesional)*, 2731 Recuperado de [http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=4172&id_publicar=7061&fecha_publicar=04/03/2009&camara=RAC%20\(Resoluci%F3n%20alternativa%20de%20conflictos\)%20a%20cargo%20de%20las%20Dras.%20Mar%EDa%20Klein%20y%20Patricia%20Veracierto&base=50](http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=4172&id_publicar=7061&fecha_publicar=04/03/2009&camara=RAC%20(Resoluci%F3n%20alternativa%20de%20conflictos)%20a%20cargo%20de%20las%20Dras.%20Mar%EDa%20Klein%20y%20Patricia%20Veracierto&base=50)
- Fariñas, G. Cruz, L. y Cruz, M. (2014). Seminario Técnicas y entrenamiento del actor para la construcción de la neutralidad dictado en el Programa de Actualización en Negociación y métodos alternativos (12 horas). Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Highton, E. y Alvarez, G. (1998). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc.
- Ley 24.573 de 1996 sobre Procedimiento laboral. Conciliación obligatoria previa de la Nación Argentina. Sancionada el 10 de abril de 1996 y promulgada el 26 de abril de 1996. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>
- Ley 24.635 de 1996 sobre Procedimiento Laboral. Conciliación obligatoria previa. Modificación de la Ley 18.345 de la Nación Argentina. Sancionada el 10 de abril de 1996 y promulgada el 26 de abril de 1996. Recuperada de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36739/norma.htm>
- Ley 26.589 de 2010 sobre Mediación y conciliación de la Nación Argentina. Sancionada el 15 de abril de 2010 y promulgada el 3 de mayo de 2010. Recuperada de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>
- Ley 26.993 de 2014 sobre Sistema de resolución de conflictos en relaciones de consumo de la Nación Argentina. Sancionada el 17 de septiembre de 2014 y promulgada el 18 de septiembre de 2014. Recuperada de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235275/norma.htm>
- Nelson, H. L. (2001). *Damaged Identities. Narrative repair*. New York, NY: Cornell University Press.
- Ury, W. L., Brett, J. M., & Goldberg, S. B. (1988). *Getting disputes resolved: Designing systems to cut the costs of conflict*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.