

# **REFLEXIONES SOBRE LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN EN EL CONTEXTO DEL PROCESO JUDICIAL**

**Por Edgar Riffler (1)**

## **I. Introducción**

La vida de las personas que forman parte de una sociedad determinada supone la búsqueda de la satisfacción de los intereses propios de cada persona. En esta búsqueda de satisfacción de sus propios intereses se da la interacción con otras personas. Hablamos en forma general, incluyendo personas físicas o naturales y las personas jurídicas o de existencia ideal. Muchas de estas interacciones establecen relaciones jurídicas y otras son relaciones que en sí misma no aparecen relevantes para el derecho; sin embargo, pueden serlo porque son el sustrato de relaciones basadas en reglas: de cortesía, de buena vecindad, en fin, de relacionamientos que en forma tácita la comunidad o sociedad determinada dan por supuesto y, en consecuencia, las personas esperan de los demás determinada conducta o actitud. Así, la vida interactiva en sociedad está basada —en sentido amplio— en normas jurídicas y usos o convencionalismos sociales. Ambas esferas de interacción pueden generar situaciones de desentendimiento, de insatisfacción, de controversia, disputa, en fin, una situación de conflicto. Este conflicto se produce por la afectación desde la perspectiva de la persona, de uno o más intereses suyos, no necesariamente personal. Estos intereses pueden ser comprendidos por una relación jurídica determinada o no. Pero la situación de conflicto o más concretamente el conflicto, de una persona con otra puede tornarse de tal importancia

---

(1) Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Asunción. Docente en la Escuela Judicial. Coordinador General del Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay.

que requiera una solución aceptada por la sociedad a fin de evitar que se busque la solución por mano propia al margen de las reglas de la sociedad, y que a su vez genere mayores conflictos que involucren una afectación de reglas de relevancia para la convivencia.

## **II. Intereses**

Son en general valores de estimación desde el punto de vista de cada persona o comunidad. Estos valores se refieren a aspectos materiales e inmateriales, y responden a una escala de importancia desde la perspectiva de ellas. Responden a una escala axiológica personal y social que interactúan entre sí. Pueden ser de tipo personal o comunitarios. Pueden referirse a aspectos ideológicos, religiosos, de educación familiar o educación personal, de valores o principios, de emociones, de honor o reputación, entre otros. Se suele mencionar como un grupo diferenciado a las necesidades que son fundamentales para la sobrevivencia y convivencia de la persona, como ser la vida, la libertad, la salud, la alimentación, la educación, sexo, techo y vestimenta. Estos son así intereses fundamentales o primarios. Desde el punto de vista del tema que nos ocupa, la relevancia del interés está determinada por la perspectiva de la persona, que al ser diferente de la perspectiva del otro respecto al mismo interés, engendra un conflicto, que puede proyectarse socialmente o no. Abarca así toda la vida compleja de la persona como familia, trabajo, negocio, relación con el Estado, etc.

En la búsqueda de la satisfacción de los intereses pueden generarse mayor o menor integración de las partes involucradas. Esta integración depende de la actitud de las partes involucradas, sobre lo cual trabaja el sistema de administración o gestión del conflicto acercando métodos adecuados. Sea para orientarles a desarrollar habilidades propias o que se les asista facilitando la comunicación en la búsqueda de la solución del conflicto.

## **III. El conflicto**

Cada persona ve la afectación de sus intereses a su manera, desde su perspectiva, que a su vez responde a diversos factores como experiencias familiares, educación, autoestima, la propia personalidad, la manera de hablar, etc. teniendo así un alto componente subjetivo. El conflicto es estudiado con criterios interdisciplinarios. La teoría del conflicto busca así identificar, clasificar y analizar el conflicto.

Igualmente, las personas se comportan de manera diferente respecto al conflicto. Algunos lo enfrentan, otros lo rechazan o evaden. Aparecen así actitudes de enfrentamiento o competencia unos con otros; y en otros casos actitudes colaborativas o de cooperación para la solución del conflicto. Estas actitudes hacen a la gestión del conflicto, que es inherente a la vida del ser humano. Pueden presentarse conflictos en el ámbito intrapersonal, interpersonal, intragrupal e intergrupar. Cada uno con características y exigencias propias de gestión. El conflicto no puede ser eliminado, no puede dejar de existir, por lo que se debe gestionar o administrar para su solución. Sin embargo, el conflicto es oportunidad de cambio, de superación, de nuevas experiencias que puede llevar a un crecimiento individual y social. Todo depende de que se cuenten con mecanismos adecuados de gestión de conflictos, y de la eficiencia de estos mecanismos. La no solución de los conflictos afecta a la sociedad toda, y en ocasiones atenta contra ella. Estos mecanismos de gestión o administración de conflictos son los métodos de solución de conflictos con que cuenta una sociedad, que pueden ser en general judiciales o extrajudiciales según el ámbito en que se desarrollan.

Se advierte así que la actitud para la solución de los conflictos puede diferir según cada persona involucrada, y en ocasiones, según la actividad que desarrolle o no la sociedad respecto al conflicto concreto. De esta manera se puede notar con facilidad que es necesario que la sociedad cuente con métodos adecuados de solución de conflictos para preservar los intereses de las personas tanto en su existencia individual como social. Con este afán, se establece constitucionalmente la función de administración de justicia y se le asigna al Poder Judicial este objetivo. Esta función apunta hacia un método en que principalmente se resuelve el conflicto con la decisión de un tercero tras un proceso determinado. Sin embargo, la gestión del conflicto debe cumplir con tres grandes requisitos: a) los métodos de solución de conflictos deben ser adecuados según la naturaleza del conflicto; b) la resolución de los conflictos debe partir desde los intereses de las partes; y c) el método debe practicarse con el menor costo posible. Se advierte así que la gestión del conflicto en forma adecuada y eficiente debería tener una estructura horizontal permitiendo a la sociedad toda gestionar la solución del conflicto, ampliando así hacia métodos distintos al proceso judicial que se basa en la decisión del tercero, reservando este para cuestiones que las partes no han resuelto —aun con ayuda de un tercero— o, que no están disponibles por el ordenamiento jurídico para que ellas las resuelvan.

#### **IV. Acceso a Justicia**

Es derecho fundamental del ser humano, que importa la disponibilidad de métodos adecuados y oportunos de solución de conflictos. La condición de “adecuada” implica que estén disponibles mecanismos que estén adaptados a las necesidades o condiciones conforme a la naturaleza del conflicto y a los afectados por este. Compartimos con los estudiosos que un enfoque de la justicia como valor comprensivo de mecanismos de garantía de los derechos individuales y sociales se adecua mejor a nuestro tema que aquella que en su designación orienta más bien hacia un sistema unificado de administración de justicia. Preferimos así hablar de Acceso a Justicia en vez de Acceso a la Justicia. El enfoque y los objetivos, así como las actividades necesarias para alcanzarlos, deben buscar concretar en cada caso de conflicto el valor justicia. Tarea sumamente compleja y difícil; aun así, muy necesaria. La llamada administración de justicia, supone poner a disposición del individuo una estructura –material e intelectual– para discutir el caso concreto bajo reglas generales predeterminadas, pero que finalmente apuntan a la sentencia, que en la gran mayoría de los casos se concreta en la decisión del Juez. Aun suponiendo que, entre medio, existen mecanismos y oportunidades para que las mismas partes resuelvan el conflicto.

La reorientación de la utilización de la Mediación y Conciliación que se propone, consideramos necesario y condicionante. Aunque esto finalmente sea más relevante en la labor operativa-intelectual del operador jurídico; y también de las partes, para lo cual este debe estar suficientemente informado. Esta información puede operarse en procesos educativos formales desde la infancia hasta los cursos de grado y procesos de capacitación de Jueces, Ministerio Público, Defensa Pública, funcionarios judiciales y administrativos, abogados y la sociedad toda. Sumado a ello un enfoque apropiado en el ámbito legislativo. En suma, políticas públicas adecuadas.

Se hace necesaria así, una reorientación de las plataformas de acceso a la justicia, basados en el usuario del sistema. Este sistema debe buscar aplicar métodos adecuados según la naturaleza del conflicto y dando énfasis a los intereses de las partes. De esta manera los métodos se pueden desarrollar en sede judicial o extrajudicial (incluyendo este al ámbito administrativo), con mayor o menor formalismo, según el caso; pero con efectividad. En este contexto se han incorporado a la realidad nuestra y de otros países los llamados Métodos Alternativos

de Resolución de Conflictos, que son conocidos también con otras denominaciones. El desafío que proponemos es repensar la aplicación de estos métodos, y en concreto la Mediación y Conciliación en el ámbito del proceso judicial.

## V. Los llamados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos

Tenemos dicho que el conflicto es una realidad, y que es fundamental gestionarlos conforme a su naturaleza, teniendo presente los intereses de las partes y al menor costo posible para ellas y su implementación. Por eso se ha buscado potenciar varios métodos conocidos desde antaño y que fueron perfeccionados para que ayuden a lograr los objetivos que permitan el acceso a la Justicia con dichas características, en el entendimiento de que el método tradicional del proceso judicial, utilizado por los Estados, no ha llenado las expectativas de la sociedad por diferentes motivos.

Se cuestiona la denominación de “métodos alternativos” debido, entre otros aspectos a que los métodos que son llamados alternativos, son en realidad anteriores al método estatal, lo que responde a la manera en que han evolucionado los mecanismos en que la sociedad ha buscado resolver sus conflictos, sujeto a las circunstancias políticas. La denominación no debe condicionarnos a concebir y utilizarlos como secundario, o de menor importancia. Tal aproximación condiciona y debilita la efectividad de estos métodos que son complementarios del proceso judicial –que lo contiene– en la búsqueda de la concreción del valor justicia en el caso concreto de un determinado conflicto. Se ha propuesto llamarlos “adecuados”, pero si bien traduce un elemento substancial de su naturaleza, supone que el proceso judicial no es adecuado, lo que sin duda sería un error. Se busca que se opere la subsidiariedad, de tal manera a que los conflictos no resueltos y tras haberlo intentado lleguen a la esfera judicial, sumados a aquellos que no están disponibles para las partes componerlas por razones de interés de toda la sociedad reflejada en el sistema jurídico. La concreción en mayor o menor grado de esta subsidiariedad gradúa la efectividad del sistema.

En realidad, los sistemas jurídicos nacionales y también en el orden internacional, siempre han contenido los “métodos alternativos” –sin denominarlos así– como mecanismos eficaces. En ciertas situaciones no tenemos disponibles métodos asimilados a la justicia estatal o Corte internacional.

Sin embargo, la experiencia de la mayoría de los Estados ha indicado que había que dar un golpe de timón. Los motivos son varios y sus causas también,

pero como algo resaltante se ha verificado que el proceso judicial resulta muy rígido y muchas veces inaccesible por razones de falta de infraestructura y operadores preparados por razones de su estructura misma; por lo que en términos prácticos no llega a la comunidad local. A esto se suma la lentitud a dar respuestas a la solución de los conflictos. El proceso judicial a pesar de prever distintos trámites según la naturaleza del conflicto, sin duda resulta un método que no está diseñado para satisfacer los intereses de las partes en conflicto en la medida necesaria. Cuando mucho, busca que se cumplan las normas jurídicas. Tomemos como ejemplo —dejando fuera otras razones— el hecho de que el proceso no tiene como objeto la satisfacción de intereses como: valores o principios, emociones, creencias, relaciones interpersonales implícitas, etc. El proceso judicial tal como lo administramos, no responde a ello, debido a que en general los operadores jurídicos (jueces, funcionarios, abogados) no estamos culturizados para aplicar herramientas apropiadas que propicien la búsqueda de satisfacción de los intereses —no solo jurídicos— involucrados en el conflicto. La satisfacción de los intereses, cotidianamente va más allá del expediente judicial.

## VI. Mediación

Es un método de gestionar la búsqueda de solución del conflicto desde la perspectiva de los intereses de las partes en adecuación a un marco de criterios de realidad u objetividad, en el que las partes afectadas por el conflicto son asistidas por un tercero neutral. En razón a la variedad y complejidad mayor o menor de los conflictos y la asistencia que el tercero presta a las partes se han desarrollado varios modelos, por lo que no podemos hablar de un modelo que responda a actividades uniformes. Esto hace a la estructura del método, que queda abierta dentro del sistema, que resulta en posibilidades enriquecedoras.

Nuestra Ley N° 1879 de Arbitraje y Mediación en su Art. 53 establece que *“La mediación es un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador”*.

En la Mediación el tercero no asesora, no aconseja, no emite opinión, no decide. Facilita la comunicación entre las partes llevando el procedimiento de mediación a través de técnicas que responden al modelo seguido, ayudando a las partes a cooperar mutuamente buscando la solución al conflicto.

## VII. Conciliación

Nuestras diferentes leyes procesales han establecido la Conciliación como una figura –no definida– de resolución del conflicto. También se ha legislado como un modo de terminación del proceso, que sería una conciliación-resultado. La distinción de estas dos situaciones normativas, resultan fundamentales para entender la interpretación usual que hacemos de la institución de la *Conciliación* por un lado, y por otra las posibilidades que creemos están abiertas y que deberíamos utilizarlas.

La ley no define lo que es Conciliación, lo que es plausible porque permite a la doctrina enmarcarlo conceptualmente en la dinámica evolutiva de la sociedad, adaptándola. Es lo que ha ocurrido, y nos permite plantear el potencial que tiene en nuestro sistema actual.

Tampoco establece el procedimiento para llevarla a cabo. Otra situación favorable. Esto permite oportunidades y posibilidades, para que dentro del proceso judicial desarrollemos condiciones propicias para buscar la resolución del conflicto en forma adecuada. Si bien requiere de mayor amplitud, digamos por ahora que cuando decimos que no hay procedimiento para la conciliación, estamos diciendo que en general los códigos procesales no establecen –excepto, con reserva decimos, en el fuero laboral– más allá de realizar una audiencia. La cuestión es qué hacemos en esta audiencia y cómo lo hacemos. Miremos por ejemplo el Art. 101 del Código Procesal Laboral donde tenemos un elemento más enfático de la intervención del Juez. Por otro lado, aunque fuera del proceso, el Art. 293 nos permite notar una dinámica –aunque mínima– que resulta necesaria para ayudar a las partes a avenir respecto a sus intereses. La conciliación no es transacción. Puede instrumentarse por este contrato, pero como institución y método es de naturaleza diferente. La transacción es negociación directa entre las partes y la Conciliación requiere la intervención de un tercero.

La conciliación es como la Mediación un método de gestión del conflicto, realizada desde la perspectiva de los intereses de las partes, con ayuda de un tercero neutral e imparcial, donde este tercero al igual que en la Mediación no decide, no resuelve el conflicto, pero en la Conciliación tiene facultades de proponer fórmulas de solución. De esta manera el tercero tiene un rol activo mayor. Este rol se adecua perfectamente al del juez. No compartimos el criterio de respetables estudiosos, de que este rol importa prejuzgamiento, o que se rompe el requisito constitucional de imparcialidad que debe cumplir el Juez. No vemos elementos

objetivos en la normativa para concluir que, en el contexto de actividad procesal abierta al Juez, la proposición de fórmulas que serán o no acogidas por las partes, rompa el deber de imparcialidad. La etapa conciliatoria es especial, estando este encapsulado por el deber de confidencialidad y por el hecho de que nada de lo allí discutido puede incidir en el juicio.

La Conciliación a su vez posibilita mayor amplitud en cuanto a que el conflicto se gestione basado en elementos que respondan a intereses de las partes, con mayor relevancia como las pruebas y el derecho; lo que puede ser acordado en cada caso. Esto en razón a la facultad propositiva del Conciliador. Venimos diciendo que estos métodos propician una gestión del conflicto que se basan en los intereses de las partes involucradas, y trascienden así el enfoque de que hay que ceñir el debate y la solución al derecho o a lo planteado en el expediente, que por razones de extensión del presente trabajo no profundizamos este aspecto.

### **VIII. Perspectiva en el proceso judicial**

La implementación de la Mediación y la Conciliación en el proceso judicial requiere de una perspectiva amplia, que si bien debe estar centrada en el plexo normativo vigente, debe tener en cuenta las características de estos métodos y sus objetivos. En este trabajo solo buscamos apuntar aspectos que nos podrían llevar a reflexionar sobre las posibilidades que tenemos actualmente, para lo cual mencionamos solo algunos aspectos, pudiendo desde ahí proyectarse a los procesos judiciales de las distintas materias.

En los diferentes procesos tenemos disposiciones que habilitan la oportunidad para la búsqueda de la Conciliación.

En el proceso penal se abren oportunidades tanto para la víctima y el ofensor como para el Ministerio Público, que aunque es un Código más nuevo que los demás, se perdió la oportunidad para prever esta herramienta con el debido tecnicismo en cuanto a sus características y posibilidades, considerando la evolución y las experiencias alcanzadas para la época.

El Art. 424 permite a acusador y acusado designar un amigable componedor. Esta previsión es interesante y rica en sí misma. El Amigable Componedor es conceptualmente diferente al Conciliador. Se incorpora el concepto del tercero diferente al Juez, el Ministerio Público, la víctima y el ofensor.



En el Código de la Niñez y Adolescencia tenemos los Arts. 174 y 224 literal c), y en el proceso laboral tenemos los Arts. 57 y 101. En lo que respecta a la justicia de paz el C.O.J. lo prevé en su Art. 379. En el proceso civil el Art. 15 literal g) del C.P.C. dispone que: “*Son deberes de los jueces... g) procurar, en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus atribuciones... que los litigantes pongan termino a sus diferencias mediante avenimiento amigable. A este efecto podrán convocarlos a su presencia en cualquier estado del juicio*”.

En general la ley procesal se refiere a conciliación y avenimiento de manera indistinta. En términos lingüísticos avenimiento se refiere a “concordar, ajustar las partes discordes” y conciliación que refiere a “poner de acuerdo a dos o más personas o cosas”. No obstante, como nombre técnico Conciliación refiere a un método de resolución de conflictos.

Hay discusión de si es poder o facultad del juez. Excepto el proceso penal tal vez, haciendo reserva en favor de lo que sigue, como regla entendemos que el Juez tiene el deber de procurar “*que los litigantes pongan término a sus diferencias mediante avenimiento amigable*”. Es decir, en general en el proceso la norma requiere que el Juez realice una actividad que busque o procure este objetivo. No quiere decir que es responsable que las partes efectivamente lo intenten, menos que se logre el avenimiento. Pero debe procurar, buscar. Para ello debe efectivamente realizar una actividad y dejar constancia de ella. Por otro lado, esta actividad puede ser solicitada por las partes o por una de ella. Esta actividad, es nuestro principal elemento de análisis.

Tenemos así dos escenarios: una propiciada por el Juez y la otra propiciada por las partes o una de ellas. En ambas circunstancias, se llamará a una audiencia, la que es fundamental y puede ser determinante en cuanto a que se utilice o no el “procedimiento de conciliación”. Si una sola parte pide, no vemos como eficaz el “correr traslado” a la otra parte sin que se haga una audiencia. Nuestra cultura litigiosa no ha sido superada por la educación (culturización) de métodos amistosos para suponer que la otra parte sabe exactamente lo que se pone a su disposición, ya que por lo general quien contestará no será la parte, es decir el involucrado directo, y en principio solo este conoce sus reales intereses en juego y como disponer de ellos. No olvidar el concepto de intereses que hemos dado arriba. Es un tema delicado y central. Para que el sistema de acceso a la justicia sea efectivo, es menester que la oportunidad sea entendida en forma personal y directa por el afectado en el conflicto. Creemos que es insuficiente solo hacer saber a las partes

del servicio de Mediación o que en la audiencia se pregunte solo si las partes tienen ánimos de conciliar, o dar quince minutos para que las partes busquen conciliar. En sentido técnico no hay Conciliación sin el tercero.

Está instalado en la comunidad que estos métodos son más bien dilatorios y sin efectividad. Tarea, pues, de todos es revertir esto. Cuanto más la del Juez quien directamente, en atención a lo dicho, está obligado a procurar la conciliación. Sabemos que es difícil, que no hay infraestructura, que la sobrecarga de trabajos es real y alarmante, que se necesitan más recursos humanos entrenados. Pero no imposible. Creemos que podemos partir de la audiencia ilustrativa. Principio requieren las cosas. Sabemos que el abogado —que responde a su vez al mismo contexto cultural— en ocasiones se opone o resiste por diversos mecanismos, pero el juez tiene las herramientas para encaminar hacia el objetivo de instaurar la oportunidad de buscar la conciliación; repitiendo que hablamos de propiciar adecuadamente una oportunidad informada, la que será o no aceptada por las partes.

En la audiencia, creemos menester que el Juez explique a las partes, que la disputa es asunto conciliable, y seguidamente ilustrar en qué consiste la búsqueda de la conciliación, sus características, sus potencialidades, limitaciones, y sus efectos. Explicar a las partes que este procedimiento puede realizarse aprovechando los servicios de la Dirección de Mediación del Poder Judicial respecto al cual habrá que informar apropiadamente. Recién después de esta audiencia ilustrativa y definitoria de las reglas, podría invitar a las partes y preguntarles si están de acuerdo en aprovechar esta facilitación.

Aunque requiere mayor extensión, a fin de presentar cómo la figura de la Conciliación prevista en las normas procesales puede concretarse en un procedimiento de Mediación, diremos aquí que a nuestro entender el sistema utilizado por la Ley 1879 sirve de puente entre ambos métodos. Así, establece en su Art. 55 que la audiencia de mediación “*tendrá los mismos efectos legales que la audiencia de conciliación establecida en dichas normas procesales*”, o la interacción conceptual que hace en el Art. 60 al decir que el mediador debe colaborar con las partes “*...para elaborar conjuntamente las fórmulas de avenimiento...*”. Acentuamos lo de “*elaborar conjuntamente*” que es propio de la Conciliación. Esta virtud de la Ley fue muy bien aprovechada por la Corte Suprema de Justicia para continuar con su trabajo de establecer institucionalmente la Mediación; una

visión comenzada en 1999 con el Departamento de Mediación y Colocación Familiar, luego creando en el 2000 la Oficina de Mediación con un Reglamento que fue luego modificado por Acordada N° 467/07. En 2006 fue ampliado el servicio al ámbito penal en ciertas circunscripciones que como en los demás fueros fue luego ampliándose, contando hoy con un Reglamento de Mediación Penal que se consolida con la fortaleza institucional al elevar la Oficina a rango de Dirección del Servicio de Mediación.

La reflexión hecha, tal vez deje más dudas que certezas. Si ayuda al debate, consideraremos que hemos contribuido con algo. Un trabajo más extenso está en elaboración, donde esperamos contribuir a ampliar el tema.

### **IX. Conclusión**

Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, en este caso dos de ellos, la Mediación y la Conciliación, son métodos que coexisten en nuestra normativa, interactivos y de potencialidades reales. Su utilización depende de jueces, fiscales, defensores, funcionarios, abogados y docentes. No olvidamos el ámbito extrajudicial, en el cual aún estos dos métodos y otros deben fortalecerse. Sin embargo, en nuestra realidad la resolución de conflictos de las personas está judicializada por razón de cultura, y por lo tanto en este ámbito debe implementarse con convicción y entusiasmo para que se proyecte a la esfera extrajudicial, y finalmente opere un cambio de conducta que propenda hacia una mayor cohesión entre las personas. Es un deber que tenemos con la sociedad.

