

**PROYECTO DE MEDIACIÓN/CONCILIACIÓN EN
MATERIA DE FAMILIA EN COSTA RICA EN EL
ÁMBITO DEL PODER JUDICIAL**

PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

Es para todos conocido el problema que enfrenta Costa Rica, así como otros países a escala mundial, para poder combatir la acelerada delincuencia que ha generado un caos en el Poder Judicial. Se ha incrementado los casos en cada Juzgado lo que ha producido la no aplicación del principio constitucional Justicia Prompta y Cumplida, que enuncia el artículo 41 de la Constitución Política que evoca la rapidez y la eficacia. Reina la incertidumbre que genera la no resolución pronta de un litigio y la influencia negativa ante la incredulidad de los ciudadanos.

Además se ha dado en los últimos tiempos la figura del Comercio Internacional propio de la Globalización en el que el tiempo, la especialización y la celeridad son factores fundamentales y al ser insuficientes para abordar el aumento de los conflictos de las sociedades modernas. Ya a nivel Internacional se ha visto la necesidad de mecanismos alternos con el propósito de mejorar el acceso a la justicia; estos métodos se han desarrollado en Costa Rica a partir de 1993, gracias al esfuerzo del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la Corte Suprema de Justicia con el apoyo de la agencia de los Estados Unidos de América para el desarrollo internacional (USAID), la Embajada de los Estados Unidos o a través de USIS y el fondo Multilateral de Inversiones que administra el Banco Interamericano del Desarrollo (BID).

Desde hace varios años estos métodos tienen gran auge en nuestro país, pero no es hasta el año de 1997 que se aprueba la ley vigente número 7727 denominada ***“Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”*** que entra a regir el 9 de diciembre. Durante estos años de vigencia se ha dado un salto cualitativo en el desarrollo, siendo

que a la fecha se cuenta con dieciséis centros o entidades RAC debidamente constituidos y autorizados por el Ministerio de Justicia y Gracia, además de estos centros.

El descontento provocado por la duración excesiva de los litigios no solo preocupa a los costarricenses, es un fenómeno ampliamente conocido en el ámbito internacional. Dicha situación ha servido de motor para la búsqueda de nuevas alternativas que le permitan a los ciudadanos poder resolver sus controversias de manera satisfactoria y de esta forma tener acceso a una justicia que además de cumplida sea pronta. Es por esta falta de credibilidad que urge flexibilizar y hacer eficiente el sistema de resolución de conflictos en la sociedad civil, dando mejores resultados tanto en tiempo y en costo, con resultados vistos, para que la ciudadanía recupere la credibilidad en el Poder Judicial. De ahí la necesidad de contar con un sistema ágil y moderno de solución de controversias, pero que brinde seguridad a los usuarios.

Por esto el incorporar una justicia alternativa en Costa Rica, es de gran importancia y urgencia. Costa Rica no puede quedarse atrás en el mejoramiento de las formas de ampliación de justicia, y pareciera que los esfuerzos van encaminados a modernizarnos en este aspecto. El artículo primero de la Ley R.A.C menciona que:

“.....toda persona tiene derecho a una adecuada educación sobre la paz, en las escuelas y los colegios, los cuales tienen el deber de hacerles comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de la construcción permanente de la paz. El Consejo Superior de Educación procurará incluir, en los programas educativos oficiales, elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de

conflictos. La educación debe formar para la paz y el respeto a los derechos humanos.”¹

Con esta norma se denota efectivamente la voluntad al cambio tradicional de justicia.

Además los nuevos tiempos han demostrado que la creación de nuevas instancias y la producción de más normas, no es lo más certero que podamos hacer, por esto se impone un cambio y la ley ya no se mide en términos de eficacia absoluta, sino en términos relativos en cuanto a obtener resultados. La Justicia Alternativa como la *mediación, conciliación y el arbitraje*, han sido solo modos naturales e informales de administración de la justicia, es decir que surgían espontáneamente del seno de las culturas con anterioridad.

La resolución de conflictos es quizás la función más perceptible del Derecho, sin duda, todos los días, y en todas las actividades que realizamos a diario estamos expuestos a todo tipo de conflictos.

Pareciera que el fin último del derecho solo se logra con la armonía, la paz, la seguridad jurídica, la justicia entre otros, y estos son por medio de normas que ordenan la vida en sociedad, sea por medio de normas que le indican a cada persona, cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones.

Estableciendo estos límites, el Derecho empieza su función resolutoria de conflictos. ¿Cómo? Evitándolos. No obstante, si ocurre violación a estos límites, el aparato jurídico también contempla una serie de reglas para procurar la reparación del daño causado.

¹ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, N° 7727, del 9 de diciembre de 1997.

Esta investigación está compuesta de cuatro capítulos. En el primero se hará alusión a los conceptos de los diferentes medios alternos de solución de conflictos, así como sus características, ventajas y desventajas. En el segundo me referiré a la mediación/conciliación propiamente en materia de familia. En un tercer capítulo haremos mención del proyecto de conciliación/ mediación en materia de familia del Poder Judicial y en el cuarto y último emitiré mis conclusiones y recomendaciones en el que se valorará las ventajas o desventajas de fomentar este proyecto piloto en el Poder Judicial costarricense.

OBJETIVO GENERAL

Acorde a con lo anteriormente expuesto este trabajo de investigación tiene como objetivo general realizar un análisis acerca de lo que es la Resolución Alternativa de Conflictos y la promoción de la Paz Social, sus ventajas y desventajas, con la intención de determinar si es este el método que permita descongestionar la labor del Poder Judicial y obtener la paz Social.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

De este objetivo general se desprenden tres objetivos específicos:

- A) Concienciar al profesional en derecho y a los ciudadanos costarricenses en general, acerca de lo que significa la mediación/ conciliación, con el propósito de que participen activamente en la solución de conflictos mediante este mecanismo.
- B) Procurar que a los jueces especialistas en cada materia se les brinde una capacitación adecuada que les permita ver de una manera más positiva esta avanzada forma de solución de conflictos.

C) Intentar la implementación de un sistema ágil y moderno de solución de controversias, que garantice a los usuarios una justicia pronta y cumplida.

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

La metodología permite al investigador organizar la investigación y controlar sus resultados, así como dar explicaciones sobre el conocimiento humano y la actividad planteada. Asimismo permite valorar el conocimiento con relación a los objetivos propuestos.

La metodología es la parte de la lógica que estudia y determina los sistemas de investigación y aplicación de conocimientos que les son propios.

Es una de las formas por las que se adquiere el conocimiento científico.

Para la elaboración de esta investigación, se utilizó el método de investigación descriptiva, toda vez que éste permite efectuar un análisis acerca de la aplicación y la interpretación de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, sus ventajas y desventajas, con el propósito de establecer si es éste el método que facilite el descongestionamiento de la labor del Poder Judicial y obtener la paz social.

Como investigación descriptiva podemos definir:

“.....la técnica que computa y enumera los hechos y los individuos susceptibles de medirse, coordina y clasifica los datos obtenidos con el fin de determinar sus causas, consecuencias y tendencias.

Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así y valga la redundancia, describir lo que se investiga”²

Es importante aclarar que el método descriptivo permite presentar y medir una serie de situaciones del fenómeno a investigar.

² Escolet, Miguel Angel. Estadística Psicoeducativa. Editorial Trillas. México, 1973.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LOS MEDIOS ALTERNOS

SOCIEDAD Y DERECHO

Según Aristóteles, la sociedad tiene su origen en la misma naturaleza. El hombre por naturaleza es un ser social y quien viva fuera de la sociedad por naturaleza, y por efecto del azar es, ciertamente, un ser degradado, o un Dios.³

Como podemos ver el hombre es un ser que busca siempre estar en compañía con otros para así lograr su desarrollo mismo.

La finalidad común de los asociados, es el ingrediente que le da la existencia a la sociedad:

“la sociedad recibe su misma existencia del orden finalista, porque ella es unión ordenada de individuos que se unen y se ordenan orientándose hacia un fin.”⁴

La historia de la humanidad nos da una idea de la cantidad de transformaciones que han ocurrido con la presencia del hombre sobre la tierra ya sean estas de índole social, económica, religiosa, política y cultural.

Al entrar en el estudio de estos cambios que se dan a diario, se intenta descubrir que fenómeno los provoca, al ser el hombre un sujeto diferente a sus semejantes, se producen fricciones a la hora de interactuar con los demás.

³ ARISTÓTELES citado por Monroy Cabra (Marco), Introducción al Derecho, Bogotá, Editorial Temis, 61, edición 1983, p.5.

⁴ GRANERIS (GIUSSEPPE) citado por Pacheco, Teoría del Derecho, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ta edición, 1990,p.7.

El hecho de que el hombre a estado evolucionando y conviviendo con sus semejantes, se explica la aparición del fenómeno socio-político denominado Derecho.

El derecho puede ser definido como aquel orden jurídico general que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos para la comunidad.

Orden jurídico particular:

“... conjunto de normas que integran una rama particular del ordenamiento jurídico general; civil, penal, procesal etc.”⁵

Así que ambos hombre y sociedad, necesitan uno del otro para subsistir. Por lo que el ordenamiento jurídico con su carácter meramente instrumental, le indica, a cada ser humano, cuales son sus deberes y cuales sus derechos, le brinda la posibilidad de acudir a normas e instituciones que permitan hacer efectivos sus derechos cuando se considere que éstos han sido violentados por otro u otros individuos.

⁵ (Ediciones de Depalma, Vocabulario Jurídico, Eduardo J. Couture, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1988).

LA CONCILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL COSTARRICENSE.

Antes de 1841 rigieron en nuestro país en materia relacionada con el proceso civil normas de derecho castellano e indiano, no concordantes con la realidad y con el desarrollo de una incipiente jurisdicción.

El Código General de 1841 significó un cambio muy importante en su tercera parte, en forma sistemática establece toda la normativa procesal; específicamente y por la relación con el contenido de este trabajo nos interesa destacar que en el libro dedicado a las disposiciones preliminares de la parte procesal, se regula el procedimiento de conciliación el cual era obligatorio en la mayoría de los juicios civiles.

Por otra parte el Código de Procedimientos Civiles de 1888 inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, regulaba en su libro segundo entre otros aspectos, el relacionado a los juicios arbitrales, tanto los de árbitros juris como los de árbitros arbitradores.

El Código de Procedimientos Civiles Decreto No 5to del 19 de enero de 1933, en su Título y artículos 395 a 424, regula el juicio arbitral. La Ley No 8 del 29 de noviembre de 1937, Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente a partir del 1 de enero de 1938, en su art. 2. Dispone: “Introdújase modificaciones al Código de Procedimientos Civiles” (lo que viene a ser una reforma sustancial al Código del 33, y la entrada en vigencia de uno nuevo de procedimiento, este Código de Procedimientos Civiles de 1937 que tuvo una larga existencia durante la cual sufrió importantes modificaciones, reguló en forma amplia y con bastante precisión el procedimiento del

denominado juicio arbitral, para la resolución de controversias de orden patrimonial, distinguiendo entre los juicios de árbitros juris y los de árbitros arbitradores en sus artículos 395 al 424.

El Código Procesal Civil vigente a partir del 1 de mayo de 1990, decreto No 7130 del 16 de agosto 1989, señala como una forma anormal de terminación del proceso la conciliación regulando además, la obligatoriedad de convocar a la conciliación , según se enuncia en los artículos 314 y siguientes. Esa norma no bastó y obligó a la promulgación de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

TEORÍA Y TÉCNICA DE LA NEGOCIACIÓN

LA NEGOCIACIÓN COMO MÉTODO.

La vida de relación impone conductas determinadas que acuerdan la convivencia social. Armonía y tolerancia oscilan permanentes entre otros temperamentos procurando el sostén de los valores que inspiran el orden y la seguridad.

Evidentemente, no siempre resulta fácil mantener esta idea de la paz sostenida; a veces, es preciso imponerla en el marco del ordenamiento jurídico diseñado al efecto; en otras, son los hombres quienes resuelven entre sí sus diferencias.

La vida misma se convierte en una negociación permanente, donde los intereses presentes concilian e interactúan buscando equilibrios que no sacrifiquen las aspiraciones de otros.

La mutua cooperación, en definitiva, nos lleva a ese equilibrio social que muestra al hombre civilizado actuando entre derechos y libertades compartidos.

Los *bienes de la vida*, como se califica idealmente a las apetencias, son productos de permanente intercambio; no en el sentido de comercializar o producir, sino en el terreno más amplio de la capacidad contributiva para alcanzar logros y mutuos beneficios.

Se negocia cuando se hace un contrato; cuando decidamos un cambio de estado civil; en la mudanza territorial; en los pactos y tratados internacionales; en fin, en cuanto supone conversar para conseguir resultados a fines determinados.

En definitiva, la negociación se vuelve un hábito de conducta, un método para la paz común.

Pero cuando las posiciones son irreductibles, personalizando las pretensiones sin reconocer sacrificios necesarios para dicha convivencia y pacificación, aquella armonía se quiebra, siendo imperioso hurgar en el conflicto y sus razones.

Aparece allí la urgencia en investigar a conciencia los motivos que producen la controversia y las formas posibles para solucionarlo.

Evidentemente, antes de emprender con las herramientas alternativas de respuesta, será necesario conocer algo más sobre la psicología del enfrentamiento. Es el campo de la *“teoría de la negociación”* o *“del conflicto”*, como se le suele también denominar.

EL CONFLICTO.

Las diferencias entre los hombres originadas por intereses encontrados se presenta como un estado patológico que viniera la pacífica convivencia. Desde este punto de vista, el conflicto nace como un desvío social que requiere descubrimientos en las causas que lo motivan para proyectar desde allí el tratamiento de corrección.

También, la crisis social puede darse como un fenómeno proveniente de las insatisfacciones del grupo o individuales, en cuyo caso se constata inmediatamente por el hecho consumado, obligando al ordenamiento a potenciar las fuerzas necesarias para el reencauzamiento.

Hay quienes advierten en el conflicto un enfrentamiento globalizado de sectores, donde todo es motivo de pretensiones y resistencias; de ganadores y perdedores. La búsqueda del vencimiento *en las posiciones* explica la irreductibilidad de las conductas; el éxito se concilia con los resultados queridos más que con los beneficios logrados.

Pero esta idea del éxito, basada en un cálculo a balance de ventajas e inconvenientes, está sustentada por un propio orden de valores internos. «La idea de ganar de los participantes no implica que quienes intervengan no puedan tener intereses comunes, además de otros opuestos. Sólo en el conflicto puro los intereses de las partes son completamente opuestos.

Cada observación sitúa al conflicto como un problema singular que identifica al hombre con sus necesidades. Éstas, para alcanzarlas, suponen el diseño previo de un camino y la toma de decisiones individuales relativas a *la posición*.

Cuando los objetivos sufren alteraciones por obstáculos imprevistos, la probabilidad del conflicto es inmediata, y la celeridad para llegar al fin querido se posterga.

Si *la posición* resulta inflexible seguramente no se encontrarán salidas alternativas. Si fueran buscadas pero sin negociar con plasticidad, también la dureza retardará cualquier hipótesis de solución.

El choque entre voluntades es inmediato; el “*ego*” se posiciona en la perspectiva del éxito a triunfalismo; se eliminan los acercamientos y el único rumbo posible es la sentencia judicial que divida los intereses. Habrá un vencedor y un vencido. Seguramente, también, existirán dos voluntades insatisfechas.⁶

LA TEORÍA DEL CONFLICTO.

La duplicidad de intereses alimenta las cuestiones en conflicto. Cualquier aspecto de la vida de relación comprueba que la controversia se origina cuando las voluntades se enfrentan y los ánimos se exacerban multiplicando las diferencias y, consecuentemente, alejando las probabilidades de conciliación. Si la hipótesis se da entre varias partes, el problema se agudiza, porque ellas suelen personalizar las pretensiones, agregando mezquindades que no miran la solución posible, sino el vencimiento desde la firmeza.

⁶ Wilde Zulema y Gaibrois (Luis), Qué es la mediación, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición 1994.

¿Cómo tratar el caso desde una perspectiva jurídica?

Habitualmente los abogados nos hemos acostumbrado a derivar hacia otros las soluciones, presentando nuestro caso como una cuestión de pretensiones.

La demanda judicial resulta el camino más transitado y, por supuesto, el más cómodo para una sistemática donde el derecho tiene respuestas para todo.

Sin embargo, ésta es una opción falsa.

El problema se reduce al conflicto entre adversarios, por el cual no tendrán más posibilidades reales de conversar que las hipótesis infrecuentes de las audiencias. Cuando el sistema procesal es escrito, se comprende inmediatamente la verdad de lo expuesto.

Las pretensiones son el más claro ejemplo del viejo concepto que acuña al proceso judicial como un campo de batalla, donde el derecho lo obtiene quien mejor defiende sus intereses, aun cuando ellos no sean justos o razonables.

Hoy día se impone golpear el timón hacia otro rumbo. El norte se vislumbra asumiendo el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones, revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo al proceso.

Precisamente, se trata de considerar al litigio como la intervención quirúrgica en la atención de un enfermo: la decisión final más crítica, después de intentar otros caminos o tratamientos posibles.

El abogado es el primer comprometido en esta empresa, despojando al conflicto de preconceptos que alimentan en quienes lo padecen la noción estricta de ventajas y poderes que el derecho otorga.

Esta realidad hostil que presenta el sistema, normativa condicionando las figuras de posible captación, han llevado a configurar al proceso como un campo que desarrolla las mejores aptitudes de los derechos subjetivos.

Cada interviniente se posiciona en el juego de fuerzas que toma del derecho y no concibe abandonar el territorio logrado, esperando de la sentencia la consagración de una victoria eventual.

Es verdad que mediante la modificación de esta base presupuestada, se persigue transformar la juridicidad del conflicto.

Relegar la dimensión personal del entuerto para encontrarle ventajas compartidas. Olvidarse del éxito individual para solidarizar las soluciones; en fin, cuando hablamos de conocer el conflicto para negociar sobre él, pensamos en la estimativa social que tienen los acuerdos que pacifican rápidamente la crisis entre partes.

Una visión correcta del fenómeno que se avizora, lo explican algunos autores señalando que la exaltación de lo individual, de confianza en el poder de la razón y en la conciencia del hombre, en su autodeterminación, esa fe en el voluntarismo inicial de lo subjetivo frente a toda finalidad externa, suponiendo que los fines son con exclusividad el resultado de expresiones libremente adoptadas, está en crisis. En este sentido no asombra que así como en un

momento se llegó a proclamar la muerte de Dios, en estos días se ha podido anunciar la muerte del hombre, suponiendo que es un mito la reivindicación del sujeto consciente.⁷

Son las paradojas que la evolución del derecho muestra, al destinar sus preocupaciones esenciales para la protección del individuo y llevarlo a un estrecho cuello de botella que vierte en el juicio la herramienta habitual para sus conformaciones.

La confianza en la justicia, sostén y esencia del fenómeno jurisdiccional, no queda vaciada de contenido; simplemente se trata de ocupar al abogado y a todos los partícipes en el conflicto, en una modalidad analítica que desarrolla la teoría de la negociación.

El conflicto admite orígenes diversos que se califican según el problema a resolver. Una crisis familiar, empresaria, etc., enfrenta intereses y personas que, por ello, constituyen elementos mínimos e ineludibles.

Los intereses se vinculan con los individuos y se propagan cuando éstos son grupos o asociaciones (v. gr., sindicatos).

La experiencia indica que cuando un sector no tiene definidos sus intereses, el otro término de la relación, las personas, establecen la necesidad de un acuerdo preliminar que los precise.

⁷ Zulema Wilde y Luis Mauricio Gaibrois, ¿Qué es la mediación, ed. Abeledo Perrot, Rs. As, 1994,pg 36-37

Tomando como ejemplo a las asociaciones sindicales, vemos cómo la diversidad de intereses y prioridades polariza y enfrenta a los miembros dentro de un mismo grupo, aun cuando los intereses se refieran contra otros.⁸

Con relación a las partes, el conflicto puede hallar interesados indirectos, además de los que actúan negociando por sí. A veces, esos vinculados indirectamente son las partes verdaderamente interesadas, como resultan los grupos o personas que tienen un interés financiero o comercial emergente del resultado que se consiga entre los negociadores.

Tanta importancia tiene resolver dónde están los intereses auténticos y las partes verdaderas, que según su precisión se podrá colegir el beneficio probable de la concertación.

En definitiva, cuando se habla de «intereses», existe cierta tendencia a homogenizarlos en miras a simplificar el problema, sin advertir el riesgo que ello genera al diferir las posiciones en la mesa de negociación.

LA TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN.

La negociación es un proceso que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo⁹

De suyo, como en cualquier encuentro voluntario destinado a resolver situaciones conflictivas, en las partes que concurren existe un ánimo especial proclive al sometimiento de

⁸ Mario E. Chamnet, La modernidad y las Técnicas Alternativas de Solución de Conflictos.

fórmulas para el acercamiento. Si no existe este *animus negotiandi* es improbable que se llegue a buen puerto¹⁰

Si en el conflicto subyacen individuos con intereses contradichos, los componentes elementales para la negociación parten de estos supuestos.

En efecto, para negociar se necesitan *partes*, que pueden ser individuales o colectivas; e *intereses* sobre un problema, que oscilan conforme la diversidad del conjunto que compone.

El primer término de la relación: las personas, es el más importante, porque define el sector y posiciona las pretensiones que representa o reclama.

Las *individualidades* que actúan negociando se da en múltiples espacios de la vida de relación, y abarca confines poco precisos al estar dependiendo de las emociones que se entremezclan al debatir el conflicto.

El ser humano es un ser emocional que defiende naturalmente sus ideas y logros obtenidos. Cuando surge la contienda, es común que esa tendencia defensiva a lo propio se transmita a la posición que sostenga en el acuerdo.

Esta identidad es un hecho habitual que, cuando ocurre en el proceso judicial, se presenta bajo la denominación de pretensiones y resistencias a peticiones e impedimentos.

En cambio, si la gestión negociadora proviene de *grupos*, la confusión en los objetivos puede darse por la heterogeneidad de los intereses. Por ejemplo, si varios sectores

⁹ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *SI Cómo negociar sin ceder*, 2 da Edición, Bogotá, 1993, pag 11-14.

laborales negocian condiciones de trabajo ante la administración pública, es posible que cada uno defienda posiciones particulares y beneficios propios. Mientras que la negociación colectiva que tiene lugar entre el Estado y los sindicatos vislumbra una agrupación más concisa, simplificando la diversidad de intereses.

El dualismo “*empresa-trabajador*” o “*Estado-sindicatos*”, demuestra la globalización de la contienda y los intereses que porta cada cual.

A la empresa le importa dirigir exitosamente la institución otorgándole beneficios y progresos. Si en ella el sector de trabajo no tiene sistema de representación, la toma de decisiones, en el conflicto hipotético, es unilateral. Mientras que la presencia del sindicato a la asociación laboral torna compleja la decisión, al resultar previo y necesario tomar una política o “posición” para el acuerdo.

El segundo identificador: *los intereses*, moviliza aspectos más próximos con el tratamiento práctico de la crisis y la forma como suele implementarse el procedimiento de negociación.

Los intereses no son otra cosa que el problema a resolver.

LA NEGOCIACIÓN COMO MÉTODO

¹⁰ Garita González, op. cit, pag 8

LA TÉCNICA DEL NEGOCIADOR.

El encuentro voluntario entre partes que negocian pone de relieve las alternativas que suceden a la colisión de partes y posiciones.

Al principio elemental del ánimo a voluntad para acordar, siguen actitudes probables que se resumen en los siguientes perfiles.

-La parte que presenta el problema como una cuestión de alternativas. Una u otra son las únicas posibles para el acuerdo. No hay más opciones.

-La parte que personifica la crisis como un problema de intolerancia. Es el mundo contra él, donde asume el rol de gladiador contra las injusticias que le llegan.

-La parte que quiere o dice querer acordar, pero que no lo hace por los efectos perniciosos que manifiesta le provocarían a su *status* o imagen.

-La parte inflexible que presenta el caso con dureza y sin dar otra salida que la judicial.

-Otras...

Cada uno de estos cuadros eventuales obliga a diseñar una estrategia de quienes van al encuentro amistoso.

En teoría la planificación se ensaya sobre el estudio de cuatro condiciones inseparables: *a)* las partes; *b)* los intereses; *c)* las opciones; y *d)* los criterios.

A su vez, el procedimiento inmediato determina: *a)* un análisis del caso; *b)* planificación; *e)* discusión y abordaje.¹¹

¿Qué actitud encamina quien negocia frente a un temperamento hostil?

La primera señal que recibe el oponente, en vías a lograr la concertación, debe estar alejada de sentimientos adversarios. Es decir, cuando se negocia no hay partes en el conflicto, sino personas que consideran un problema aislándose de posiciones como las recién mencionadas.

Cuando el intolerante vuelve a personificar “su situación” en la contienda evitando ocuparse de los intereses, el proceso de concordia se instala en uno de ellos, propiciando conciliar.

La unilateralidad no significa despojar a la negociación de uno de sus elementos indispensables; se trata, simplemente, de advertir un procedimiento o técnica que tiene actitudes diversas en unos y otros.

Es importante señalar que la inflexibilidad en el proceso de negociación constituye un verdadero obstáculo, tanto para el conflicto en si mismo, como para las personas que involucra. El mayor inconveniente estriba en el horizonte lejano que se instala, postergando cualquier solución autocompositiva.

De todos modos, el negociador, sea la parte o un tercero, debe percibir y profundizar el porqué del pensamiento rígido que evita el acuerdo.

¹¹ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *SI... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, ed. Norma, 2ª ed., Bogotá, 1993, pu. 11/14.

Ponerse en el lugar del otro, no echar culpas por la intransigencia, comprender sin opinar, son voluntades posibles en el arte que se desenvuelve.

Para eso devienen con inusitada trascendencia las opciones de pacificación y los criterios para vertebrarlas.

En suma, la técnica para el acuerdo entre partes persigue anular sentimientos polarizados, donde quienes debaten están asimiladas a una lucha que solamente tendrá un vencedor y, obviamente, un derrotado.

El conflicto desde esta perspectiva se confunde con la metodología precisa del sistema judicial.

En cambio, si el problema se separa de las personas, y se habla únicamente de él, es probable que al quedar focalizados los intereses y desplazadas las posiciones (típicas, por otra parte, en el juicio ordinario), puedan descubrirse opciones.

Éstas, por su lado, decidirán beneficios mutuos, sin ventajas unilaterales. Coincidencias prácticas que apunten a lograr fórmulas de avenimiento razonables y objetivas.

Finalmente, el éxito se habrá logrado cuando concertado el acuerdo ninguno entienda que ha sacrificado derechos o renunciado a beneficios eventuales.

En la negociación nunca se cede, tan sólo se discute amistosamente sobre intereses definidos y permeables para una conveniencia compartida.

EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADOR.

La mesa de negociaciones reconoce, esencialmente, una finalidad: conseguir que las partes resuelvan sus diferencias.

Por lo general, las personas o grupos que difieren personalizan los intereses del sector al cual pertenecen, o reclaman por cuestiones que le pertenecen singularmente.

Ello determina que el primer segmento está formado por: *a)* la negociación individual, *y b)* la negociación colectiva.

Cada una supone un tratamiento diferente, porque las posiciones son, justamente, distintas y resultan ambivalentes según quien las presenta.

Algunos autores sostienen que la comprensión de estos roles deduce la forma como encauzar una táctica. Por ejemplo¹²

Si la posición es **SUAVE**

-Los participantes son amigos;

-El objetivo es lograr un acuerdo;

-Se permiten concesiones que cultivan la relación;

-Se confía en los otros;

¹²Fisher, Ury y Patton, ob. cit., pu. 14/15.

- Las posiciones se cambian;
- Hay ofertas;
- Se da a conocer las posiciones;
- Se acepta pérdidas unilaterales para forjar el negocio;
- Se busca la respuesta única;
- Se insiste en lograr el acuerdo;
- Se trata de evitar el enfrentamiento de voluntades;
- Se cede ante la presión.

En cambio, el polo opuesto del proceso confronta cada hecho con la posición.

Si ésta es **DURA**

- Los participantes son adversarios;
- El objetivo es la victoria;
- Se exigen concesiones como condición para la relación;
- Se desconfía de los otros;
- Las posiciones tienen firmeza e inmutabilidad;

- No hay ofertas sino amenazas;
- Se esconde las verdaderas intenciones;
- Se exige ventajas unilaterales como precio del acuerdo;
- Se busca la respuesta a la opción que más convenga al interés particular;
- Se trata de ganar en un enfrentamiento de voluntades;
- Se aplica presión.

Analizado el campo operacional y el perfil de los participantes, se procura trazar un diagnóstico de la situación que permita afrontar el conflicto. Esta etapa requiere de la mayor información que complete —y explique— las razones de cada interés.

Inmediatamente, se organiza el cuadro entre *posiciones e intereses*, y se diseña la estrategia de abordaje.

En la etapa de planeación existen componentes que generan ideas y proyectos: ¿Cómo se piensa manejar el problema de las personas? ¿Cuáles son los más importantes de esos intereses? ¿Cuáles son algunos de los objetivos realistas?

El debate es la secuencia que continúa, donde se debe cuidar la actitud y prudencia para encarar cada situación, evitando las enojosas características del proceso jurisdiccional.

La realidad confrontada es un arma importante como herramienta de consideración, pues refleja las percepciones que cada uno transfiere a la mesa negociadora, abriendo el camino hacia la solución.¹³

Se dice esto porque puestos a equiparar el litigio con este modismo pacificador, es factible que las mismas personas respondan diferente en cada situación. Mientras en el proceso judicial quizá diga que discute porque tiene causas y razones, en una actitud de conciliación podrá sostener, eventualmente, que tiene un propósito.

ACTITUDES DEL NEGOCIADOR Y SOLUCIONES POSIBLES.

Quien negocia debe saber que no hay tiempos precisos que limiten el éxito o el fracaso de la gestión.

Las respuestas anticipadas pueden resultar prematuras cuando no tienen un estudio meditado establecido después de una relación de trabajo.

El problema básico de la negociación no es el conflicto entre partes que se encuentran, sino entre las necesidades, preocupaciones y temores que padezcan y lleven al curso de las entrevistas.

La colisión posible entre los intereses no descarta la presencia cierta de otros que puedan compatibilizarse.

¹³ Fisher, Ury y Patton, ob. cit., p. 16.

La función primordial del negociador será encontrar esas fusiones, demostrando con sus actos eludir las situaciones personales para ocuparse centralmente del problema.

Bien se dice que antes de dar respuestas se debe explicar el meollo crítico; soslayar el juicio prematuro; la búsqueda de respuestas únicas y totalizadoras; la eliminación anticipada de opciones; o la creencia de que el problema no tiene solución¹⁴.

Salidas alternativas, ingenio, persuasión, razonabilidad y criterio, son prolegómenos necesarios en las fórmulas de acuerdo y bajo estas condiciones:

- Separar el acto de inventar opciones, del acto de juzgarlas;
- Ampliar las opciones en discusión en lugar de buscar respuestas únicas;
- Perseguir beneficios mutuos;
- Inventar maneras de facilitarles a los otros su decisión.

¹⁴ Fisher, Ury y Patton, ob. cit., p. 69.

CAPÍTULO II

JUSTICIA ALTERNATIVA

JUSTICIA ALTERNATIVA

Porque se continuó observando el congestionamiento que sufren los Tribunales de justicia, así que el principio de “ Justicia Pronta y Cumplida”, fin último de todo sistema judicial, no se cumple como se quisiera, y por lo tanto se ha tratado de dar con algún mecanismo para luchar contra esta, por lo que finalmente, ha surgido una línea de pensamiento que busca la solución de los conflictos tanto del aparato judicial del Estado como extrajudicialmente, a través de instancias extrajudiciales, no solo con la inauguración de mecanismos alternativos de justicia, sino mediante una verdadera transformación cultural de los ciudadanos. Es así como se vio obligado a la promulgación de la Ley citada.

Surgido el problema los afectados deben colocarse en posición de dialogar, de enfrentar y buscar por sus propios medios la solución de su conflicto. Esto mediante personas o instituciones que funciona como mediadores, conciliadores o árbitros que ayudarán a las partes e enfocar un problema de modo no tradicional.

La Resolución Alternativa de Conflictos (R.A.C.), es un movimiento que surge de los Estados Unidos de América, hace más de veinte años, surge no solo como propuesta a la problemática de congestión excesiva, que enfrentan las Cortes Estatales, sino como propuesta jurídica al crecimiento socio-económico, industrial y tecnológico de la sociedad contemporánea.

“El Derecho, principalmente el que rige las relaciones empresariales y comerciales, no pueden concebirse como un conjunto de reglas rígidas e inflexibles. Los reglamentismos, los códigos de miles de artículos que

regulan hasta el más mínimo detalle, poniendo trabas al desarrollo, cederán su espacio a nuevas normas, generales y flexibles, que permitan el libre ejercicio de la voluntad de los ciudadanos, dentro de los límites del organismo público, junto a estas normas, deben de existir mecanismos informales y ágiles para la solución de controversias, alternativos y coexistentes con la tradicional justicia formal que imparten los tribunales. De esta forma, los ciudadanos gozarían de un amplio aspecto de posibilidades para la solución y prevención de las disputas.¹⁵

CONCEPTOS BÁSICOS DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS

LA CONCILIACIÓN

¿Qué es? ¿Cómo opera?

Etimológicamente conciliar proviene del verbo conciliare, que significa concertar poner de acuerdo, componer o conformar a dos partes que se debaten en una controversia de

¹⁵ PARIS RODRÍGUEZ HERNANDO, Resolución Alternativa de Disputas, Revista Ivstitia, San José, N° 91, julio 1994, p.6.

intereses¹⁶; en fin es el acuerdo logrado entre las partes con la ayuda de alguna o algunas personas que sirvieron de puente de relación.

Es un método alternativo de disolución de disputas, por el cual las partes acuden a un tercero neutral que les ayude a encontrar un acuerdo que solucione el conflicto, este procedimiento es informal, flexible, en el cual el tercero ayuda a las partes proponiéndoles alternativas. Sus recomendaciones no tienen carácter vinculante, ya que el acuerdo final estará a cargo de las partes. Este tercero estará a cargo de revestir las características de preparación, conocimiento de los hechos, objetividad e imparcialidad. Este debe de realizar la entrevista y orientar a las partes, esto versa sobre sus derechos y responsabilidades, igualmente se les asesora sobre los procedimientos a seguir. El conciliador hace arreglos para celebrar la vista de conciliación.

Este medio no es solo una acción o un resultado, es un proceso en el que dos o más personas en conflicto acuden a un tercero para que ayude a solucionar su controversia. El conciliador escucha los argumentos y formula los términos de un posible acuerdo que propone a las partes, quienes son libres de aceptar, rechazar, modificar su propuesta.

El conciliador prepara tantas reuniones como le parezca conveniente, en forma individual o por separado, en forma paritaria en lugar especialmente escogido al efecto, como las oficinas del RAC o bien como en el poder judicial propiamente dicho. Para que se efectúe la audiencia de conciliación judicial, será necesario que estén presentes el conciliador, las partes o sus apoderados, y sus abogados si las partes solicitan, expresamente, su asistencia. Si se produce un

¹⁶ JUNCO VARGAS (José Roberto) La Conciliación, Aspectos Sustanciales y Procesales, Segunda Edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Radar, 1994, pp 32, 33.

acuerdo entre las partes, total o parcial, el juez conciliador deberá homologarlo dentro de los tres días siguientes a la última audiencia de conciliación. (Al respecto véase anexo No.1 y No.2) Si la conciliación fuere parcial, se dictará, sin más trámite, una resolución para poner fin al proceso, sobre los extremos en los que haya habido acuerdo y, en cuanto a estos, será ejecutable en forma inmediata. El proceso seguirá su curso normal en relación con los extremos en los que no haya habido acuerdo.¹⁷

El conciliador convoca a las partes a las reuniones, limita el número de representantes, recibe los documentos que sean del caso, levanta actas de la reunión, así como de las discusiones, señala la duración de las reuniones, regula lo correspondiente a la prensa, realiza una labor de indagación, trata de disuadir a las partes sobre sus discrepancias y las prepara para llegar a un acuerdo hasta concluir con las recomendaciones que dilucidan las controversias.¹⁸

La conciliación / mediación puede darse intraprocesal como extraprocesal, en nuestro país en este momento existen ambas formas, en varias materias. Por otro lado la mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley.

Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.¹⁹

En resumen podríamos decir que la conciliación es el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible o

¹⁷ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727 del 9 de diciembre de 1997, art.7 y 8.

transacción y que lo permite la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad de un juez, otro funcionario o un particular debidamente autorizado, quien previo conocimiento del caso, debe buscar fórmulas justas de arreglo en principio propuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas a fin de que se lleguen a un acuerdo.

Por otro lado la conciliación extraprocesal no será administrada por una autoridad pública y no se trata de una etapa más de un proceso común. Aún cuando podría darse existiendo un juicio ya iniciado. Por ejemplo la Cámara de Comercio en Bogotá ha definido la conciliación como “ un mecanismo mediante el cual las partes entre quienes existe un conflicto susceptible de transacción, originado en un negocio mercantil o derivado de actividades comerciales, tratan de superar la controversia existente con la colaboración de un tercero experto, objetivo e imparcial quien orienta a aquellas en las fórmulas propuestas por todos, con el fin de acabar el conflicto y evitar que llegue a la justicia ordinaria o arbitral.²⁰⁷ Por su propia naturaleza la conciliación/mediación es menos formal que el arbitraje y por lo tanto menos reglamentada, existe un grado mayor de flexibilidad en el proceso. Pero como se manifestó con anterioridad para que haya conciliación debe haber por fuerza una voluntad de las partes de llegar a un acuerdo, pero aunque parezca fácil es todo lo contrario ya que las partes usualmente no quieren quedar en desventaja sobre la otra así que sobre este punto resulta de gran importancia la labor institucional del Centro y pareciera ser vital el disponer de personal capacitado para poder motivar a las partes a llegar a un acuerdo.

Comentario [A1]:

Pero si el procedimiento de conciliación no concluye por acuerdo de la transacción, el litigio podrá ser sometido, si las partes lo han acordado previamente, a un arbitraje.

¹⁸ La Conciliación en los Conflictos de Trabajo, Guía practica de la O.I.T, pagina 23 y siguientes.

¹⁹ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727 del 9 de diciembre de 1997, art. 5.

Esta disposición busca también, promover el uso de los mecanismos alternos para resolver controversias.

LA MEDIACIÓN

La mediación es un procedimiento voluntario en el cual las partes deciden apersonarse ante un tercero mediador que las asiste, ayudándolas a buscar un acuerdo que ponga fin al conflicto. Se habla de un tercero que carece de poder para tomar una decisión final.

Cuando dos o más partes no son capaces de resolver sus disputas a través de la negociación directa o no han encontrado una forma viable de negociar, podría resultarles muy beneficiosos los servicios de un mediador, es decir un tercero neutral experto en negociaciones.

Desdichadamente el término mediación ha sido utilizado muy a la ligera. La palabra mediación o mediar, procede de la raíz latina “*mediare*” que significa: “*interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad*”²¹

Conviene en este caso identificar algunos conceptos que sirvan para clasificar y así saber por ejemplo que existe algún desacuerdo en cuanto a sí la mediación y la conciliación significan la misma cosa, sin embargo en la reforma de la presente ley en el artículo número 5to dice “ Los términos conciliación y mediación, deben considerarse como equivalentes para todos

²⁰ JUNCO VARGAS (José Roberto) op Cit 33.

²¹ Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española, vigésima primera edición, 1992. Tercera acepción de la palabra indicada, p-952.

los efectos de la presente ley”.²² Contrario a la mediación, Según algunos autores la conciliación usualmente tiene una connotación solamente preliminar de involucramiento por parte de un tercero. A ese tercero se le llama “ facilitador ” quien reúna a las partes o sea portador de mensajes, no se espera por parte de ellos que propongan voluntariamente sus ideas propias o que actúen llevando a las partes a un acuerdo. Conciliación y facilitadores, son formas menos activas de la mediación.

Lo claro de ambos conceptos es que transmiten la idea de una tríada respecto de la resolución de disputas, donde un tercero busca llevar a las partes en conflicto hacia un acuerdo amistoso. Lo anterior debe contrastarse con el término negociación en cuanto a las partes; con el arbitraje donde un tercero ejecuta una decisión vinculante y finalmente la adjudicación donde el tercero es un juez que debe imponer la ley y no la voluntad de las partes.

La mediación es similar a la conciliación, y en la mayoría de los casos se emplean como palabras sinónimas. La mediación implica también la intervención de un tercero, habitualmente neutral, pero se puede insistir más en el papel activo del mediador, del cual se espera que formule propuestas de solución para el conflicto pendiente. El mediador por lo tanto a diferencia del conciliador no puede imponer soluciones a las partes.²³

Para los chinos mediación significa “*imponerse entre dos partes y resolver su problema...*” para los Árabes indica “*manipulación* “. En suma dentro de la cultura oriental ha venido a significar un procedimiento para la resolución de conflictos. En lo que respecta a la cultura occidental, tenemos: Que la mediación es entonces una intervención por una tercera

²² Propuesta de reforma a la LEY SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL, TITULO II, ART 5.

²³El arbitraje Voluntario de los conflictos de intereses. Guía práctica de la O.I.T, página 2.

persona imparcial en un proceso de negociación, para facilitar el ensamblaje del proceso de toma de decisión entre personas que tienen una controversia. El mediador no sustituye a las partes en la toma de decisiones, no posee autoridad para dirigir o controlar la acción a favor de las partes y solo puede trabajar cuando ambas partes desean utilizar el proceso. Así que la mediación es la intervención en una disputa o negociación por parte de un tercero aceptado, imparcial y neutral, quien no posee un poder autoritario o decisorio.

La conciliación por su parte proviene del latín “conciliatio, onis” que significa acción de conciliar y esta última que viene de la raíz latina “conciliare”, lo cual se traduce como:

“Componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. El ajuste y arreglo de una disputa en una forma amistosa y no antagónica utilizada por los tribunales antes del proceso y con una visión hacia evadir el juicio y en las disputas laborales, antes del arbitraje.”²⁴

De lo señalado se concluye que la mediación es un procedimiento y que la conciliación podría ser o no su resultado, ya que la conciliación supone alcances más perdurables hacia el futuro en cuanto a la relación entre las partes.

En fin hay similitudes y diferencias entre la mediación y la conciliación, como por ejemplo hay quienes opinan que el mecanismo conocido en Colombia y en Perú como conciliación extraprocesal es básicamente el mismo al que en otros sitios se le denomina como mediación²⁵. Sin embargo otros consideran que hay diferencias como los estadounidenses. En ambos medios de resolución el tercero es el encargado de establecer la comunicación entre las partes, imponiendo en todo momento el respeto mutuo, pero mientras el mediado se limita a estimular en ellas la generación de opciones para llegar a un arreglo; además el conciliador debe

²⁴ Diccionario de la Lengua Española, Op. Cit, p'374

de proponer a las partes, soluciones alternativas viables para dirimir los conflictos. Así que en la conciliación se requiere la mediación, pero además es necesario que el tercero realice una proposición de formas alternativas.

La diferencia se da en la posibilidad que tiene el conciliador de proponer soluciones, misma que no posee el mediador, quien debe ser entrenado para impulsar a las partes a crear opciones, según algunos autores. Así que la conciliación /mediación tiene características muy importantes como: la voluntariedad, neutralidad, imparcialidad, informativo, confidencialidad.²⁶ Sin embargo, en el transcurso de esta investigación nos referimos a la conciliación y a la mediación como términos semejantes debido a la propuesta de reforma a la ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

EL ARBITRAJE

El arbitraje proviene de árbitro y arbitrar, del latín *arbitrari* que es “persona que arbitra en un conflicto.” Persona cuyo criterio se considera autoridad. Resolver un tercero, de manera pacífica un conflicto entre las partes.²⁷

Este ha sido definido como aquel procedimiento mediante el cual, las partes se substraen de la tutela jurisdiccional estatal, y someten sus controversias al poder de decisión de un tercero particular.

²⁵ PARÍS RODRÍGUEZ (Hernando), Una Nueva Administración de Justicia, pag 6.

²⁶ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art. 13y 14.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española. Op. Cit, por su orden, en su cuarta y quinta acepción, p- 127 y arbitrar en su sexta acepción, p-151.

Es la intervención de un tercero neutral que es menos legalista y más informal, según el art. 23 de la Ley del RAC:

“El acuerdo arbitral no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito, como acuerdo autónomo o parte de un convenio. Para los efectos de este artículo, se considera válido el acuerdo arbitral suscrito por facsímil, telefax o cualquier otro medio de comunicación similar. Si las partes así lo hicieren constar expresamente, podrán establecer los términos y las condiciones que regirán el arbitraje entre ellas, de conformidad con esta ley. En caso de que no se establezcan reglas específicas, se entenderá que las partes se someterán a las que escoja el tribunal arbitral, con sujeción a la presente ley. El acuerdo podrá ser complementado, modificado o revocado por convenio entre las partes en cualquier momento. No obstante, en caso de que decidan dejar sin efecto un proceso de arbitraje en trámite, deberán asumir los costos correspondientes, de conformidad con esta ley.”²⁸

Es un proceso cuasi- judicial en que la decisión neutral de ese tercero respecto de una disputa se da cuando las partes en conflicto son incapaces de resolver la controversia por sí mismos. Existe la denominación de los llamados *híbridos* que es cuando el mediador realiza una predicción respecto de cómo órgano decisorio resolvería una disputa.

El arbitraje ha sido la vía alterna a la aplicación de la justicia tradicional más conocida y reglamentada, además de ser en el contexto del comercio internacional una forma común de dirimir disputas. Sin embargo hoy en día debe ser considerado como parte de una

familia más amplia, integrada por la mediación y la conciliación, conformando juntos lo que algunos autores han denominado como formas o mecanismos primarios de resolución alternativa de conflictos;²⁹ sin dejar de lado las formas híbridas tales como Met –Arb, los procesos sumarios privados, la Evaluación Neutral de Disputas, etc.

La anterior consideración se hace sobre todo debido al auge y la aceptación que estos otros mecanismos han tenido en los últimos años a escala internacional, y más recientemente en nuestro país. Como se dijo antes el arbitraje es muy conocido en nuestro país y su regulación no es nueva ya desde 1993³⁰, el hoy derogado Código de Procedimientos Civiles preveía la posibilidad de someter a arbitraje diferencias de carácter patrimonial.

Más relevante resulta el texto del artículo 43 de nuestra Constitución Política el cual expresamente dice que “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”;³¹ Es así como esta norma consagrada en nuestra carta magna autoriza a los individuos para buscar respuestas a sus disputas patrimoniales en una vía distinta a los tribunales comunes, dándoles la posibilidad de solucionarlos fuera de la jurisdicción ordinaria, aun cuando hubiese acudido a ella, art. 18 de la ley RAC dice:

“Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y

²⁸ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art. 23.
²⁹ GOLDBERG (STEPHEN) Y OTROS, Dispute Resolution, Boston, Unites Estates of Americ, 2nd. Edition, Little Brown & Company Limites, 1989, citado por ARGUEDAS ARGUEDAS (Irene), Formas Alternativas de Resolución de Disputas, San José, Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, p11.
³⁰ Dicho Código entró en vigencia el 25 de enero de 1993. Ver GÓMEZ RODAS (Carlos), Comercial Arbitration in Costa Rica, Comercial and Labour Arbitration in Central América, New York, Trans National Juris, 1^o edición, 1990, p 191.

el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.”³².

Hay quienes han dicho que del citado artículo se puede desprender :

“...una clara intención de establecer un procedimiento alternativo para resolver disputas de naturaleza económica, con el fin de que estas no vayan al proceso judicial que es más lento y costoso”.³³

Además el artículo 43 debe de analizarse con el artículo 28 del mismo cuerpo normativo³⁴ que refiriéndose a la autonomía de la voluntad dice en el párrafo segundo:

“las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o no perjudiquen a terceros están fuera de la acción de la ley...”³⁵

La relación de ambos artículos debe hacerse en el sentido que las partes, pueden recurrir al arbitraje o a cualquier otro mecanismo alternativo de solución de disputas, siempre y cuando no se dañe la moral, el orden público o se perjudique a un tercero.³⁶

Todo pareciera indicar que los textos constitucionales no solo se pueden desprender autorización para resolver problemas mediante arbitraje sino que la puerta está abierta

³¹ Constitución Política De la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1990, art. 43.

³² Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art 18.

³³ Ver GÓMEZ RODAS, op. Cit, p191.

³⁴ Programa Resolución Alternativa de Conflictos, R.A.C. Construyendo tus propias Soluciones, folleto informativo, San José, Corte Suprema de Justicia, A.I.D., 1994, p1.

³⁵ En el mismo sentido ver SOTO JIMÉNEZ (Rolando), El Uso de Mecanismos Informales en la Solución de Conflictos de los Particulares, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N142, Setiembre, 1980.

³⁶ AMADOR HASBUN (Jaime), El Arbitraje y otros Mecanismos Alternativos como Medios Para Mejorar la Resolución de Conflictos Patrimoniales en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994, p.197.

para otros mecanismos alternos. De esta forma lo entendió la Sala Constitucional cuando afirmó que “ la mediación (...) En su globalización no solo no roza sino más que propiamente puede entenderse como desarrollo de lo que incipiente o sucintamente contempló la Constitución Costarricense en su ya transcrito artículo 43. ³⁷

Esta afirmación de la Sala es de gran importancia, si consideramos que ella es la encargada de interpretar y modernizar, vía interpretación, nuestra carta fundamental.³⁸ Así que, podemos interpretar nosotros que, hay una autorización expresa que existe para resolver asuntos patrimoniales mediante arbitraje, podría interpretarse de forma más amplia como la posibilidad de resolver este tipo de asuntos por otros mecanismos alternativos verbigracia la mediación, pues esta idea estaba ya en la norma de manera incipiente y de acuerdo con las condiciones y el desarrollo actual de nuestra sociedad así debería adaptarse el dicho texto o cuando menos interpretarse.

Como característica principal es que es de carácter alternativo frente a la jurisdicción ordinaria.

Revisando la forma en que otros han concebido este instituto nos encontramos con algunas definiciones que hacen énfasis en el aspecto procesalista-legalista, mientras otros lo observan desde la óptica de las formas alternativas de resolución de disputas. Dentro del primer grupo podemos citar al profesor Patricio Aylwin para quien:

³⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1079-92 de las 14 hrs y 48 minutos del 2 de marzo de 1993. Consulta preceptiva de Constitucionalidad que formula la Asamblea Legislativa sobre el Proyecto de Ley que consta en el expediente N° 9173.

³⁸ Recordemos además que la jurisprudencia de la Sala es vinculante, salvo para ella misma.

“...el arbitraje o juicio arbitral es aquel en que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos a los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por las autoridades judiciales en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”.³⁹

A los elementos señalados por el profesor hay quienes le agregan otro que consideran de vital importancia:

“...la decisión final, que las partes la aceptan como definitiva y decisiva, así como vinculante. La decisión o laudo dictado por los árbitros es obligatorio y puede ser ejecutado judicialmente, pues aun quienes definen el arbitraje desde una perspectiva menos procesalista no dudan en afirmarlo, el Doctor Cesar Guzmán Barrón se refiere al arbitraje como una técnica para la solución de conflictos, que consiste en poner voluntariamente a manos de un tercero la solución de los mismos comprometiéndose las partes a respetar la decisión que aquel tenga a bien tomar”⁴⁰

De las anteriores definiciones podremos resumir que: es el carácter de vía alternativa frente a los tribunales comunes, la autorización para actuar y la existencia misma de los árbitros, ya que hay quienes piensan que ese carácter de cosa juzgada se lo confiere el código únicamente a los laudos dictados siguiendo el procedimiento específico establecido en este cuerpo normativo; es que proviene de la libre voluntad de las partes, finalmente es vital el que esa

³⁹ AYLWIN AZOCAR (Patricio), El Juicio Arbitral, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1958, p21.

⁴⁰ GUZMÁN BARRÓN (Cesar), Propuesta para la creación de un centro de arbitraje en la Cámara de Comercio de Costa Rica, Lima, Consultoría realizada a petición de la Cámara de Comercio de Costa Rica, 1995, p8.

autorización compromete a respetar el fallo emitido por quienes ellos mismos escogieron y protestaron para resolver sobre el asunto en cuestión.

Por último debemos aclarar que la voluntariedad radica en el poder de abstraerse de la jurisdicción común para trasladarla a una particular, no así en cuanto al cumplimiento de la decisión final, puesto que el laudo tiene ejecutividad legal o coercitiva. A efectos de lograr mayor comprensión tenemos criterios de las teorías que analizan la naturaleza jurídica de este instituto:

Teoría contractual: dice que el arbitraje es un contrato basado en la voluntad de las partes, que depositan en los árbitros, en la solución de sus controversias jurídicas.

Teoría jurisdiccional:

a) Características

1) Privado: son las partes quienes otorgan los poderes y deberes de los árbitros. El procedimiento arbitral y el laudo son independientes del Estado. Los tribunales ordinarios solo intervendrán para hacer respetar la cláusula arbitral y para dar eficacia al laudo cuando las partes no lo cumplan.

2) Voluntario: son las partes quienes voluntariamente acceden a que la controversia sea resuelta por un tercero.

3) Imparcial: como jurisdicción extraordinaria que es el arbitraje debe de garantizar a las partes una imparcialidad total. Es un proceso más flexible que el judicial, debe de respetar los principios procesales contenidos en la constitución y pretender como fin ultimo una justicia pronta y cumplida.

4) Ejecutividad: la posibilidad de ejecutar el laudo arbitral, es una garantía que guarda este procedimiento. A pesar de la voluntariedad, el acceso a la justicia ordinaria para constreñir a la ejecución del laudo.

DIFERENTES TIPOS DE ARBITRAJE

Al hablar de arbitraje debemos de tener en cuenta que existen diversas formas de arbitraje.

El Arbitraje Ad Hoc y el Arbitraje Institucional

Para el presente trabajo sería interesante ver ambas formas, el cual deberá de desenvolverse en una realidad legal que pareciera ser más favorable para el arbitraje ad hoc y en la que aparentemente no está expresamente reconocido el arbitraje administrativo.

Arbitraje Ad Hoc: Se le conoce con el nombre de arbitraje personalizado ya que su principal característica es de permitirle a las partes resolver sus diferencias disponiendo estas todo lo relacionado con el manejo o administración del proceso arbitral, según el artículo 21 de la ley del RAC:

“En el acuerdo arbitral, las partes podrán someter el conocimiento de la controversia a las reglas, los procedimientos y las regulaciones de una entidad en

particular, dedicada a la administración de procesos arbitrales. Sin embargo, si las partes no desean someter el conflicto a una persona dedicada a la administración de procesos arbitrales, el procedimiento podrá llevarse a cabo por un tribunal arbitral ad - hoc, constituido y organizado de conformidad con lo que las partes hayan convenido al respecto o las disposiciones de esta ley, según corresponda.”⁴¹

Las partes deben definir quienes serán los jueces, los honorarios, el pago de los costos del arbitraje y en general todo lo que resulte indispensable para el proceso.⁴² Así que podemos definir, que en este tipo de arbitraje tiene gran importancia el compromiso o acuerdo⁴³

Este tipo de procedimiento le resulta conveniente a personas que desean flexibilidad, para así poder adaptar la forma de resolver el conflicto a sus necesidades; pero tiene una desventaja de la cual es difícil escapar: su efectividad depende por completo de la cooperación de las partes y sus abogados, respaldados por sistema legal adecuado en el lugar del arbitraje. Si no se cuenta con esa ayuda y una de las partes recurre a prácticas dilatorias, el arbitraje será prácticamente incapaz de prosperar, perdiéndose así las ventajas del mecanismo.

Arbitraje Administrado: La otra opción existente es arbitraje institucional o administrado, cuando así lo deciden, las partes recurren a instituciones especializadas que han nacido con el fin de brindar esa clase de servicios.

El arbitraje en estos casos se convierte en una verdadera labor institucional, una actividad habitual, permanente y regular, creada, administrada y estimulada por una entidad que

⁴¹ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art. 21.

⁴² GARITA GONZÁLEZ, op cit, p.7-8

⁴³ Sobre las diferencias terminológicas y de significado entre acuerdo y compromiso arbitral ver GARITA GONZÁLEZ, op. Cit, p 14-15 y PEREZ VARGAS (Víctor). El contrato de Arbitraje en el Comercio Internacional, Revista Judicial N° 40, San José, Corte Suprema de Justicia, 1987, p112.

para todos los efectos, se convierte en el soporte indispensable de la conducción ya no solamente del proceso arbitral sino, de la existencia de un mecanismo alternativo para la resolución de disputas de carácter permanente y estable”⁴⁴

Los sujetos que deseen llevar sus diferencias a uno de estos Centros de Arbitraje pueden hacerlo de varias formas; una es utilizando las cláusulas compromisorias modelo que la mayoría de ellos proporcionan para que sean incluidas en los contratos, existe también la posibilidad de que las partes enfrentadas en un conflicto opten por dirimirlo en uno de estos entes, en lugar de hacerlo en los tribunales ordinarios. Una vez que un asunto ha sido llevado a un centro permanente de arbitraje este será el encargado de aplicar la normativa que regirá el desarrollo del proceso, cuando las personas involucradas no lo hayan hecho por sí mismas, podrán elegir o proponer el nombramiento de los árbitros.

Arbitraje de Derecho y de Equidad: Estas son otras formas de clasificar los procesos arbitrales acuñada por la doctrina internacional que se encuentra plasmada en nuestra legislación procesal, artículo 19 de la ley del RAC dice *“El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad. Cuando no exista acuerdo expreso al respecto, se presumirá que el arbitraje pactado por las partes es de derecho”*⁴⁵

Arbitraje de Derecho: Conocido como árbitros iuris, para los arbitrajes de derecho, el tribunal estará compuesto, exclusivamente, por abogados y resolverá las controversias

⁴⁴ GARITA GONZALEZ, op. Cit, p.8

⁴⁵ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997.

con estricto apego a la ley aplicable, deben tener como mínimo cinco años de incorporados al Colegio de Abogados.⁴⁶

Este obliga a los árbitros a emitir un laudo conforme a las disposiciones de fondo⁴⁷. Es decir deben fallar sobre el litigio sujetándose a lo dispuesto por la ley tanto en su tramitación como en su pronunciamiento final.⁴⁸ Las características antes descritas traen como consecuencia, que no cualquier persona pueda ser árbitro en este tipo de litigios. Usualmente se les exige tener conocimientos en el campo del Derecho. En resumen los árbitros de derecho deben de ser abogados y el laudo lo pronuncian observando y aplicando las normas legales que rigen o regulan las cuestiones sometidas a su decisión. Actúan y resuelven como lo hace un juez de la jurisdicción ordinaria, porque son jueces privados en el más estricto sentido. La determinación sobre si el arbitraje será de derecho o de conciencia corresponde a las partes.

Arbitraje de Equidad: Es llamado también arbitraje de conciencia y se diferencia del anterior en que los árbitros no están sujetos a la ley en forma estricta se puede resolver conforme a su conciencia, cualquier persona podrá integrar el tribunal sin requerimiento alguno de oficio o profesión, excepto los que las partes dispongan para este efecto. El tribunal resolverá las controversias en conciencia “*ex- aequo et bono*”, según los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje y el sentido de la equidad y la justicia de sus integrantes.⁴⁹

⁴⁶ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art. 20 y 25.

⁴⁷ GUZMAS BARRÓN (Cesar), El Arbitraje comercial Internacional, Revista IVSTITIA, San José, año 8, N°91, 1994, p. 23.

⁴⁸ ARGUEDAS ARGUEDAS (Irene), op. Cit, p.48.

⁴⁹ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art. 20.

Es por esta razón que los árbitros no tienen que ser conocedores del derecho, sino más bien personas de reconocida honradez y rectitud.

En conclusión el árbitro de equidad al igual que el de derecho, está obligado a observar el debido proceso y a respetar las normas de orden público⁵⁰.

Arbitraje Interno e Internacional

El primero es conocido como nacional o doméstico, es aquel “*celebrado en un país, de acuerdo con las normas legales de ese país y para que tenga eficacia en el mismo*”⁵¹. En este tipo las partes deben de ser nacionales o residentes del estado donde se realiza, de lo contrario puede rozar con las características del arbitraje internacional. El segundo puede determinarse tanto a los sujetos, como el objeto del acuerdo arbitral la internacionalidad del arbitraje se deriva de un doble punto de vista:

Subjetivo: que las partes en conflicto sean de diferente nacionalidad o poseen diversa residencia.

Objetivo: por el objeto del litigio, las partes pueden ser de una misma nacionalidad o igual residencia, pero si la relación es internacional y el lugar donde se desenvolverá trasciende las fronteras del país que los involucrados tengan en común, estaríamos hablando de arbitraje internacional.

⁵⁰ BRENES LOAIZA (Ana Catalina), op. Cit., p.29.

⁵¹ GUZMÁN BARRON (Cesar), El Arbitraje Comercial Internacional, p 22 y ALVARADO (Alexandra) y otros, op. Cit. 29.

Arbitraje Comercial

Es una técnica de solución de un conflicto vinculado a una relación o contrato celebrado entre personas naturales o jurídicas, siempre y cuando esa relación jurídica o contrato tenga naturaleza comercial.⁵²

En conclusión podemos apreciar la posibilidad de utilizar un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ya que brindaría mayor agilidad y especialización en áreas donde no solo nuestras leyes, sino en algunos casos también nuestros jueces, no están debidamente actualizados.

El arbitraje y los demás métodos alternos de resolver disputas podrían ser de mucha ayuda en diferentes materias como por ejemplo en el campo del comercio, tanto nacional como internacional, por adaptarse más a los requerimientos de la modernidad, agilidad y eficacia de éste.

DIFERENCIAS ENTRE LOS MEDIOS ALTERNOS

CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Se supone que la conciliación es voluntaria en su inicio, pero en relación con la resolución del proceso conciliatorio para los efectos del RAC es vinculante para las partes y con

⁵² GUZMÁN BARRÓN (Cesar), El Arbitraje Comercial Internacional, p20.

carácter de Cosa Juzgada. En cuanto al arbitraje este no es voluntario ya que las partes someten sus controversias al poder de decisión de un tercero.

MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

La única diferencia según algunos autores entre ambas es que la actitud del conciliador es pasiva, ya que lo que hace es invitar a las partes a llegar a un acuerdo, pero si no lo hace él da por terminada su intervención; en cambio el mediador recibe las pruebas, prepara a las partes, establece el procedimiento recibe las pruebas si las hay y estudiar las diferencias de ambos.

LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

Son similares en la posición y actitud del mediador y del árbitro, la diferencia es que los dos anteriores son voluntarios en cambio en el arbitraje se llama laudo y por lo tanto la resolución final es obligatoria. El árbitro está facultado para mediante un dictamen o laudo, dirimir el conflicto sometido a su decisión en forma definitiva y además es más formal.

CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS DEL RAC

CELERIDAD O RAPIDEZ

Con esta característica el país ahorraría dinero y tiempo, pues se trataría de poner en manos del conciliador o mediador de conflictos y obtener una solución, en el menor tiempo posible, claro esta siempre dependiendo de la voluntad de las partes, por lo que la ciudadanía tendría más confianza en el Poder Judicial, al haber una justicia pronta y cumplida.

PRIVACIDAD Y SECRETO

Esta medida es totalmente confidencial para ambas partes el solo presentar su caso al mediador ya sea judicial o extrajudicial pudiendo así evitar la publicidad de determinado caso. Por lo tanto el mediador u conciliador está obligado al secreto profesional

“Es absolutamente confidencial el contenido de las actividades preparatorias, conversaciones y convenios parciales del acuerdo conciliatorio. El mediador o conciliador no podrá revelar el contenido de las discusiones ni los acuerdos parciales de las partes, en este sentido se entiende que al mediador o conciliador le asiste el secreto profesional. Las partes no pueden relevar al mediador o conciliador de ese deber, ni tendrá valor probatorio el testimonio o la confesión de las partes ni de los mediadores sobre lo ocurrido o expresado en la audiencia o las audiencias de mediación o conciliación, salvo si se trata de procesos penales o civiles en los que se discuta la posible responsabilidad del mediador o conciliador, o se trata de aclarar o interpretar los alcances del acuerdo conciliatorio que se haya logrado concluir, con motivo de esas audiencias. Si se llegare a un acuerdo conciliatorio y se discutiere judicialmente su eficacia o validez, el mediador o conciliador será considerado testigo privilegiado del contenido del acuerdo y del proceso con que se llegó a él.”⁵³

⁵³ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art. 14.

CREDIBILIDAD Y CONFIANZA

El costarricense podrá tener confianza en un sistema cierto, privado, seguro y rápido. Por su naturaleza estos mecanismos se desarrollan en ámbitos privados. No se someten estos procesos a la publicidad que opera en sedes judiciales, una legislación mínima de medios alternativos deberán establecer el deber de guardar el secreto profesional para los interventores. Es un sistema para administrar justicia por el pueblo mismo.

NO COMPITE NI EXCLUYE

Estos medios alternos en forma extrajudicial no excluye a las demás opciones, no se antepone al Poder Judicial, simplemente aplica una técnica diferente.

NO ES COERCITIVO

Es un mecanismo totalmente voluntario, ya que depende de la voluntad de las partes para resolver el conflicto que se presente. Siempre está expuesta la posibilidad de las partes de llevar sus conflictos a los Tribunales, lo cual podría suceder en cierta etapa del sistema de mediación y de conciliación. Por lo tanto el punto medular de estos mecanismos alternativos, conste en que las partes acuden al mediador, conciliador y arbitro de manera voluntaria.

AHORRA TIEMPO Y DINERO

Se procura los menores costos de dinero toda vez, ya que es un mecanismo simple, exento de formalidades, incidencias, recursos, y procedimientos.

REDUCCIÓN DE LOS DISGUSTOS

El ambiente adversativo en el que se desarrollan los procesos judiciales genera un nivel de ansiedad muy alto. Al ser voluntaria la intensidad disminuye.

DESCONGESTIÓN DE LOS DESPACHOS JUDICIALES

El ambiente de armonía que generan estos mecanismos en la sociedad, produce automáticamente una disminución en el nivel de asuntos que se ventilan en las Cortes Estatales ya que duran menos tiempo en resolverse.

MEJORAMIENTO EN LA JUSTICIA TRADICIONAL

Al concentrarse esta, en los asuntos que de verdad requieren intervención estatal judicial, se producirá un incremento en la efectividad del Principio de Justicia Pronta y Cumplida.

ATRAEN LA ATENCIÓN DE INVERSIONISTAS

Sin duda las operaciones comerciales modernas, requieren, en caso de conflicto de una rápida solución, sus postulados negociables de resolver conflictos constituyen una gran atracción para los comerciantes.

OBJETIVOS DEL RAC.

Lo que se pretende es promover el funcionamiento de medios alternativos de solución de conflictos en Costa Rica, que sustituyan y disminuyan los casos atendidos por el Poder Judicial y que se ajusten a las necesidades de las comunidades, dentro del marco de

modernización en la Administración de Justicia y conforme a los lineamientos aprobados en el “Primer Congreso Nacional sobre la Administración de Justicia”.⁵⁴ Además iniciar en el ámbito educativo elementos que fomenten la utilización del diálogo, negociación, mediación, conciliación y otros mecanismos similares para que en el ámbito civil estos sean practicados. Otro de los objetos del R.A.C. es concientizar tanto a la ciudadanía como a los abogados o asesores de que estos tienen el deber de informar a sus clientes la posibilidad de aplicar estos mecanismos Alternos, cuando estos puedan resultar beneficiosos.

Desgraciadamente la mayoría de los Abogados litigantes no fomentan estos medios alternos, debido a que sus honorarios son menores por el poco tiempo en resolver. Así

que creemos importante, primero concientizar a los profesionales en derecho para que así estos puedan trasmitirlo a los ciudadanos que buscan asesoramiento.

⁵⁴ OP. Cit anterior, punto 3. Objetivo General del RAC, pagina 1.

CAPÍTULO III

LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN UNA OPCION PARA EL DERECHO DE FAMILIA

LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN UNA OPCION PARA EL DERECHO DE FAMILIA

La necesidad de transformar la respuesta que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a una sociedad que reclama nuevas formas de acceso a la justicia, nos lleva a razonar sobre las distintas opciones que el mismo ordenamiento debe proporcionar. Advertimos que no hay contradicción entre lo analizado y comentado en el aparte anterior, respecto al tema de los estados de familia, las tesis comentadas en cuanto a la indisponibilidad; y las ideas que presentaremos seguidamente.

Por las especiales connotaciones que caracterizan los conflictos familiares, es muy probable que la litigiosidad y la actividad jurisdiccional contenciosa, en este *campo* del derecho disminuyan ante la posibilidad de que los particulares puedan acudir ante conciliadores y mediadores.

Dentro de una visión de complementariedad de opciones para acceder a la justicia y la búsqueda de la paz social recientemente tanto la doctrina (Entelman 1. “Intervención de Terceros y Mediación “, De Choch *De* Schifffrin A. “ Mediación *en* Familia, Una Nueva Mirada “. Folberg J. y Taylor A.” Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio”) como la legislación (Colombia Ley No 23 de 1991, Capítulo V la Conciliación en la Legislación de Familia.) se han pronunciado ha favor de que se estimule la práctica de la mediación y la conciliación en los conflictos de orden familiar.

En Costa Rica el art. 482 del Código Procesal Civil de 1989 en el segundo párrafo dice: “*En todos los asuntos de familia cuando lo estimen necesario a conveniente, los tribunales podrán convocar a las partes y demás interesados a audiencias de conciliación*”. Lo señalado anteriormente nos permite exponer algunas reflexiones sobre el significado y las consecuencias del empleo de estos mecanismos.

LA CONCILIACIÓN.

El término conciliación derivado del latín conciliatio, “*es la acción y el efecto de conciliar cuyo significado es componer y ajustar los ánimos que estaban opuestos entre sí*”⁵⁵. En el contexto del lenguaje jurídico el empleo del término se vincula a la existencia de un conflicto, que puede ser evitado o se supera cuando las partes se avienen logrando un acuerdo.

La doctrina ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la *figura* de la conciliación. Bajo ciertas circunstancias le ha considerado como un proceso especial que funciona como un requisito que debe ser cumplido previamente a la presentación del litigio en la jurisdicción ordinaria, bajo otras condiciones la conciliación se convierte en una condición para la admisibilidad de la causa. Desde otra óptica la conciliación puede constituirse en una actividad destinada a producir un acuerdo, o en una oportunidad de carácter procesal, como es el caso de la convocatoria a las audiencias de conciliación. Independientemente de la forma en que se le considere, lo que sí queda muy claro es que mediante la conciliación se puede impedir que se produzca un proceso o evitar que continúe uno en trámite. Una síntesis de la figura de la conciliación contendría los siguientes elementos: a- un conflicto b- un procedimiento articulado, y c- un tercero que en forma dinámica propone soluciones a las partes en conflicto.

En cuanto al problema de cuáles asuntos se pueden conciliar y cuáles no, sobre la ejecución del acuerdo conciliatorio y su cumplimiento; acerca de los efectos y de la eficacia que el acuerdo reviste, para las partes, de si el resultado del acto conciliatorio puede ser revisado o si tiene el carácter de cosa juzgada.

“Los acuerdos que resulten de una mediación o conciliación judicial y extrajudicial, llevado a cabo por un mediador o conciliador autorizado al efecto y que cumplan con los requisitos establecidos por la presente ley, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y podrán ser ejecutados en forma inmediata, mediante la vía de ejecución de sentencia. Para ejecutar el acuerdo, el juez verificará el cumplimiento de los requisitos del acuerdo y prevendrá a las partes la subsanación de defectos formales, bajo pena de inejecutabilidad. Caso contrario, procederá al trámite de ejecución. Tales acuerdos conciliatorios no requerirán de homologación ante el juez, ni trámites previos a su ejecución...”⁵⁶

De quiénes pueden servir de conciliadores y en general sobre las ventajas del procedimiento de la conciliación, las soluciones pueden ser distintas dependiendo del marco normativo que respalde la existencia de esa alternativa. Pero si creemos oportuno señalar la exigencia de requisitos de carácter general para emplear este medio tales como: que debe efectuarse entre personas que tengan capacidad legal para obligarse y para disponer de los derechos sobre los cuales recae la controversia.

⁵⁵ Diccionario de la Lengua Española, 1984.

⁵⁶ Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997
Art. .9 de propuesta de reforma de la presente ley.

La voluntariedad es otra condición de orden general que se manifiesta en deseo de las partes contendientes de alcanzar la armonía por medio de un acuerdo logrado mediante la intermediación del conciliador, excluyendo así la opción de acudir a la jurisdicción contenciosa.

Además de las condiciones anteriores, deberá tenerse presente, que dada la estructura real de la familia en nuestra sociedad, los efectos y alcances de las soluciones alternativas, no deben ignorar situaciones de dominación y desigualdad real, que pueden colocar a una o algunas de las partes de un conflicto familiar, en situación de inferioridad o subordinación así como tampoco los problemas relacionados con la violencia doméstica, que impiden el justo y lógico equilibrio que deben existir entre quienes acuden a la justicia alternativa.

LA MEDIACIÓN.

Es una solución alterna que implica un proceso con ciertas etapas. El mediador es un tercero que coopera en la solución de la controversia, puede estimular a las partes para que logren el acuerdo, les ofrece una posibilidad para la discusión, parte de su actividad es posibilitarles la comunicación, pero él no dirige el conflicto, son los sujetos que se enfrentan, quienes mediante el consenso logran su propia solución.

“La mediación puede ser útil en muchos puntos del proceso de divorcio. Puede iniciarse a través de la recomendación de abogados cuando el litigio o la negociación no han dado resultado, por orden o regla de un tribunal, o como una alternativa a dichos procesos tradicionales antes de que los abogados entren en acción. La mediación también puede proporcionarse en forma posterior para

ayudar a resolver cuestiones relacionadas con modificaciones o no cumplimiento de órdenes previas del tribunal.”⁵⁷

En contraste con la permanencia histórica y el amplio desarrollo teórico que encontramos en materia de conciliación, la mediación inicia su desarrollo. Estudios recientes la consideran un modelo con su propia dinámica y reglas por lo demás muy apropiado, para la solución de controversias familiares y adecuado para llegar a negociar acuerdos

Respecto a la aplicación de este mecanismo en los conflictos familiares predomina el criterio de que:

“En temas de familia se utiliza con mayor frecuencia la mediación definida como el proceso en el cual las partes asistidas por un tercero neutral logran acuerdos basados en sus propias necesidades y requisitos.”⁵⁸

Similar opinión en cuanto a los beneficios que la mediación puede traer al conflicto familiar, encontramos en los trabajos sobre mediación familiar y de divorcio de Folberg y Taylor, quienes señalan :

“la mediación es particularmente de ayuda al resolver los conflictos de padres sobre los problemas de la custodia y visita de los hijos y para facilitar decisiones conjuntas sobre los hijos.”⁵⁹

⁵⁷ Polberg J. y Taylor A. P.164
⁵⁸ De Choch De Schiffin A. p.29
⁵⁹ Folberg J. y Taylor A. p.180

Algunos especialistas vinculados con los temas del derecho de familia a quienes les hemos pedido opiniones coinciden en que la mediación y la conciliación, son alternativas idóneas para atender el conflicto familiar haciendo la advertencia de las limitaciones provenientes de la indisponibilidad de ciertos derechos en esta materia.

Indican que cuestiones tales como régimen de visitas, las relaciones interpersonales (relaciones con los abuelos), investigación de paternidad, administración de bienes, salidas del país, pueden ser susceptibles de conciliación y de mediación, en cuanto a los futuros no, los pasados sí pueden ser negociables.

Otro tema que gravita al considerar las opciones de la mediación y la conciliación como un medio para la solución de los conflictos familiares, es el del orden público como factor que imita y justifica la indisponibilidad del procedimiento bajo el cual puede obtenerse la solución de la controversia familiar.

Otra cuestión que deben resolverse a la hora de poner en práctica las soluciones alternas, es la relativa a la posibilidad que puede tener el particular para comparecer ante la justicia alternativa por medio de representante. Lo recomendable es la exigencia de la comparecencia personal, ante un procedimiento que busca el acercamiento de las partes y la solución consensual, no parece congruente actuar mediante apoderado (sabemos que en la conciliación intraprocésal se permite conciliar mediante apoderado). Podría admitirse excepcionalmente un poder especial para mediar o conciliar, en razón de la naturaleza de los asuntos de carácter familiar. Definir el carácter de ejecutividad de los acuerdos conciliatorios o logrados por mediación; la necesidad o no de su homologación ante el juez es otra cuestión que debemos tener presente al impulsar estos medios.

CÓDIGO DE FAMILIA, CÓDIGO DE TRABAJO, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y SU REGULACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE CONCILIACIÓN

Tanto el Código de Familia, el laboral vigente lo mismo que el Código Procesal Civil emplean una terminología que no es suficientemente clara y precisa sino ambigua y vaga, denominando con el término conciliación a situaciones y actos de naturaleza muy diferente. Así por ejemplo se habla de acuerdo conciliatorios, art.220, audiencias de conciliación, art. 314 y 482 del Código Procesal Civil, el Código de Familia por otra parte se refiere a la figura de la reconciliación como lo enuncia el artículo 48 inciso 5) entre otros. En lo tocante al Código de Trabajo según lo estipulado en el artículo 474 y 475 de ese cuerpo legal. Los textos actuales de nuestra legislación en lo que corresponde al tema de la conciliación, no siguen un patrón conceptual acorde con los niveles de conflictualidad que enfrenta el sistema de justicia formal.

En el año 1977, en el Congreso Jurídico Nacional, se discutía en uno de los temas *“la necesidad de un nuevo Código Procesal Civil. Bases y estructuras”*, el relator de la comisión preparatoria encargada de ese tema el ilustre profesor don Antonio Rojas, refiriéndose al tema de la conciliación manifestó:

“Se consideró necesario incluirla en el nuevo Código para evitar desperdicio grande de actividad jurisdiccional y para descargar de trabajo a los Tribunales Superiores.

Pero la conciliación debe adaptarse a la idiosincrasia del costarricense, que en la mayoría de los casos preferimos no pelear si hay alguien que nos invite a la paz. En el fondo estamos dispuestos a reconocer la justicia y la razón del contrario, pero necesitamos que alguien nos estimule a hacerlo. Y ese alguien no puede ser otro que el propio Juez que representa la majestad de la Justicia.

Dada la relevancia del nuevo instituto y sus efectos jurídicos que desde luego deben ser regulados, se reservó únicamente para el juicio ordinario.⁶⁰

El texto citado refleja la percepción de la conciliación dominante en nuestra realidad jurídica principalmente en lo que corresponde a la relación de conciliación con el proceso formal y con la figura del juez. En la práctica el sistema conciliatorio intraprocesal para solucionar disputas de orden familiar no ha funcionado. La falta de una cultura jurídica sobre la naturaleza y el funcionamiento de los sistemas de resolución alterna de conflictos, así como la falta de formación y de capacitación, de abogados, jueces, profesores de derecho, en esos temas no han permitido que se fortalezcan las prácticas conciliatorias. El asunto de formación y capacitación de los operadores del derecho en los medios alternos para la solución de controversias debe ser objeto de un estudio específico, pues ellos son el eje del funcionamiento y éxito de un programa de modernización del sistema de justicia. En este sentido una importante tarea les corresponde a la Escuela Judicial, al Colegio de Abogados y las Facultades de Derecho.

Se necesita personal especializado para el manejo de la conciliación debe formarse y capacitarse a quienes vayan a ejercer funciones de conciliadores, por los matices tan particulares de los conflictos familiares, los mediadores y conciliadores en estos asuntos además de conocer el

⁶⁰ Informe del relator Lic. Antonio Rojas López, en Revista de Ciencias Jurídicas No 38, Sep-Dic.1978, p. 133.

derecho de fondo, deben poseer ciertas destrezas y habilidades, para el manejo de los conflictos lo que parece más recomendable es que actúen interdisciplinariamente acompañados de un psicólogo o de un trabajador social.

LA CONCILIACIÓN JUDICIAL: LOS JUECES FRENTE AL CONFLICTO.

Los jueces en su quehacer ordinario más que técnicas de lo persuasivo utilizan las técnicas de lo imperativo, al interpretar y aplicar las normas de allí que el concepto judicial de conciliación signifique básicamente poner fin a un proceso ya iniciado.

La Conciliación en Costa Rica es una etapa intraprocesal incluida en el Título III, Capítulo IX del Código Procesal, dentro de las formas anormales de finalizar el proceso. Nuestra legislación no habla de proceso de conciliación, sino de audiencias que son intervenciones de carácter judicial puramente formales a las que las partes no están obligadas a acudir el juez debe cumplir únicamente con el trámite de convocar a la diligencia.

Es importante distinguir además entre la conciliación como acto procesal, como requisito que consiste en intentar ante el juez un acuerdo satisfactorio para las partes que intervienen en el conflicto, y la conciliación como el resultado de un acuerdo entre las partes que, puede ser sometido al juez para su eficacia, tal como lo dispone el art. 220 del Código Procesal al indicar; “Los acuerdos conciliatorios homologados por el juez producirán cosa juzgada. Se procederá a su cumplimiento mediante el proceso de ejecución de sentencia.”

Existiendo un proceso pendiente, mediante el avenimiento de las partes y con la intervención de juez puede lograrse el acuerdo conciliatorio. La conciliación es un acto complejo que resulta del acuerdo voluntario de las partes y dentro del cual la figura del juez ha propiciado las condiciones y alternativas para una fórmula de avenimiento.

La conciliación judicial en nuestra legislación se impone a través de la convocatoria a las audiencias de conciliación para ciertos procesos. Las audiencias como lo dijimos anteriormente son oportunidades de carácter procesal, que se materializan en el intento que efectúa el juez, para lograr un acuerdo y poner fin al litigio, el juez que dirige el proceso aporta su imparcialidad y sus conocimientos para facilitarle a los contendientes el logro de un acuerdo conciliatorio y la conclusión del juicio, al respecto pueden citarse los artículos 314, 425 y 482 del Código Procesal Civil.

La Conciliación no opera en nuestro ordenamiento como un presupuesto de admisibilidad para que surja un proceso principal, la función procesal de la conciliación atribuida por la normativa vigente tiene como propósito evitar que se prolongue un litigio.

Algunos autores han considerado que concebir de esa manera a la figura de la conciliación representa una contradicción de carácter teórico, puesto que el proceso se pone en contra del proceso, el proceso se evita a si mismo mediante un remedio de naturaleza procesal tratando de prevenir su desarrollo, o evitando el que el litigio llegue a la sede jurisdiccional mediante actividades procesales previas que convergen en un arreglo entre las partes. Proceso de eliminación lo denominan algunos, ya que tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior.

La conciliación en vía procesal exige la competencia del juez, el conciliador podrá ser el mismo juez de la causa o juez conciliador.⁶¹ En cuanto a la oportunidad deberá convocarse una vez firme la cuantía dados los efectos de esa decisión sobre la competencia del juez, así lo ha establecido el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera en resolución No 649, de las 10 y 40 horas del 29-11-91, en la que se pronunció mediante una interpretación integrativa de los artículos 314, 316, 287, y 285 inciso 3 de la siguiente manera.

“En el presente asunto se observan dos aspectos procesales que en criterio del Tribunal merecen comentarse, ya que es necesario que no se repitan. El primero de ellos es el hecho de que una vez que se tuvo por contestada a la parte actora para que se refiera a la contestación que hizo el demandado, el juzgado procedió a convocar a las partes a una diligencia de conciliación. Posiblemente ello lo dispuso así porque el artículo 314 del Código Procesal Civil, señala que se convocará a conciliación una vez resueltas las excepciones previas o tenida por contestada la demanda. Sin embargo el juzgador no puede aplicar la norma aislada y por ello es necesario considerar, la existencia de otras disposiciones, el párrafo final art. 297, el 285 y el 316 la primera de esas normas señala, que la cuantía se fijará una vez vencido el emplazamiento, o sea que en el mismo auto, el juez, deberá conceder un plazo de tres días al actor, para que se refiera a la contestación y fijará la cuantía. Una vez firme la cuantía fijará el monto de la fianza de costas y convocará a la diligencia de conciliación. Si la conciliación fracasa señala el ordinal 316 se admitirá la prueba, de donde se infiere que si la etapa siguiente

⁶¹Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, del 9 de diciembre de 1997, art. 6.

después de fracasada la conciliación es admitir probanzas. La garantía de costas ya debe haberse fijado y por ende también la cuantía”.

De esa manera tendremos entonces que, firme la cuantía en la misma resolución que ordena la fianza de costas se convoca a conciliación.

LA RUTINA DEL LEGALISMO.

En todos los casos en que el juez se entromete entre las partes a fin de que estas se pongan de acuerdo, ya sea que la iniciativa de la conciliación parta del juez mismo, ya sea en cambio, proveniente de dichas partes, el órgano jurisdiccional despliega una función de pacificación social.

Lo deseable sería una práctica judicial cercana a las soluciones alternativas. La conciliación del juez puede llevar a que las partes logren una solución fuera del proceso que renuncien a la contención, o a un acuerdo de las partes dentro del proceso gracias a la acción del juez en función de conciliador.

Sin embargo como la realidad nos muestra hemos llamado la rutina del legalismo a aquella situación en que normalmente se encuentran los jueces, quienes enfrentados a atender cientos de expedientes en ocasiones aplican el derecho con criterios y razonamientos muy rígidos, y frecuentemente faltos de formación y capacitación para explorar con métodos de solución mas apropiados para atender los actuales niveles de conflictividad. El juez al interpretar y aplicar las

normas que le permiten arribar a una solución, utiliza un esquema de razonamiento que podemos describir como una deducción de carácter lógico a partir de los textos legales. Cuando el juez se acerque a las fórmulas alternativas cuando se ejercite en la práctica de la conciliación su razonamiento puede muy bien sustituirse por un razonamiento de carácter inductivo, en el que parta de los hechos, de los datos, al encuentro de la solución más equitativa posible.

LAS AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN PARA LOS ASUNTOS DE FAMILIA.

A través del proceso el juez tutela los derechos de las partes dentro de límites muy precisos sin embargo, la ley prevé que a través del mismo proceso el juez pueda favorecer la composición del conflicto, de tal manera el proceso puede culminar en un acuerdo entre las partes conseguido mediante la participación, el estímulo y el favorecimiento de la instancia judicial.

El contenido de la conciliación intraprocesal puede ser el desistimiento, o una transacción, o una combinación de las distintas formas, pero la doctrina insiste en que el contenido de la conciliación debe limitarse en todo caso a los derechos disponibles

En materia de familia la legislación procesal regula las denominadas audiencias de conciliación conforme a lo dispuesto en los artículos 432 inciso 10 del Código Procesal Civil, para los procesos sumarios de familia respecto de:

“autorizaciones o aprobaciones que exige el Código de Familia, y la resolución sumaria de conflictos surgidos en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes de familia en los que se requiera la intervención de los tribunales”.

Y para el proceso abreviado art. 420 incisos 1 a 6, y en concordancia con las disposiciones de los artículos 425 y del 482 del Código Procesal Civil, que en su último párrafo señala:

“En todos los asuntos de familia, cuando lo estimen necesario a conveniente, los tribunales podrán convocar a las partes y demás interesados a audiencias de conciliación.”

Para convocar a las audiencia es competente el juez que conoce del proceso, su obligación es cumplir con el trámite de convocar a esta diligencia. La opinión de los funcionarios judiciales y de abogados litigantes con amplia experiencia en asuntos de derecho de familia, a quienes les consultamos sobre la efectividad de las audiencias de conciliación es, que esas no funcionan ya que las partes no se presentan, y en muy pocos casos en que han acudido el resultado ha sido totalmente contrario al propósito de una conciliación, pues la comparecencia ha servido para enfrentar una vez mas a las partes y acentuar el conflicto; a nuestro parecer esto revela la falta de formación y capacitación tanto de jueces como de abogados para intervenir como conciliadores o mediadores.

El artículo 314 del Código Procesal establece que el juez mediante señalamiento de hora y fecha citará a las partes y a sus abogados a su despacho, para proponerles una solución que sea satisfactoria para ambos y que pueda dar por finiquitado el proceso.

“Para llevar a cabo la audiencia de conciliación será necesario que estén presentes las partes y sus abogados. La ausencia de cualquiera de ellos significará que no hay conciliación y que el asunto seguirá su trámite...”

Las partes pueden hacerse representar por apoderado. Pero específicamente el citado artículo dispone que “*en materia de familia solo se admitirá el poder especial*”, este tipo de poder

“...solo faculta al mandatario para el actos especificados en el mandato sin que pueda extenderse ni aun a aquellos que pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el apoderado esté encargado de ejecutar”

De acuerdo a la establecido en el artículo 1256 del Código Civil; llamamos la atención sobre las reglas anteriores y los problemas derivados de la imposibilidad de definir de antemano el contenido del acuerdo conciliatorio.

Sobre el resultado de la audiencia tenemos la siguiente opinión:

“En caso de que se llegue a un acuerdo conciliatorio, las partes deben determinar los alcances de ese convenio, incluyendo lo relativo a ambas costas. De todo ello se levantará un acta, la que será firmada por el Juez, las partes, los abogados de ambas partes y el secretario, Al finalizar la audiencia, el juez dará por terminado el proceso mediante resolución que hará saber a las partes en el acto...”⁶²

En cuanto a los requisitos y a los medios que se utilicen para la confección del acta, rige lo dispuesto en el art. 152 del Código Procesal Civil.

⁶² Parajeles, Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil. Escuela Judicial. Corte Suprema de Justicia, p. 26, 1999.

LA FIGURA DE LA RECONCILIACIÓN.

Estimamos oportuno incluir algunos comentarios sobre el tema de la reconciliación. Estamos muy claros en que la reconciliación no es un medio alternativo de solución de disputas pero, eventualmente la reconciliación puede ser el resultado de un proceso de mediación o conciliación extraprocésal. Las partes involucradas en un divorcio o una separación judicial, remedian el conflicto y se reconcilian.

La demanda de divorcio o separación judicial es un conflicto que da lugar a un proceso contencioso, la reconciliación viene a impedir el desarrollo o culminación del proceso mediante un acto voluntario

Nuestro Código de Familia incorpora algunas normas destinadas a regular la reconciliación así, el art. 63 estipula:

“la reconciliación de los cónyuges le pone término al juicio si no estuviere concluido y deja sin efecto la ejecutoria que declare la separación (...)”.

El significado de la reconciliación puede entenderse como volver a la concordia a los que estaban desunidos, de tal forma que ante un conflicto de divorcio o de separación judicial la reconciliación conduce a la normalización de las relaciones conyugales.

El debate judicial puede finalizar al volver las cosas a la situación en que estaban cuando no existía el trámite del proceso, el acto voluntario de las partes pone fin a toda una serie

de actos procesales representados por peticiones y alegaciones que ya pueden haberse producido. Y resuelve el proceso, continuando la relación conyugal procesalmente interrumpida. Las partes no están obligadas a reconciliarse no tienen que cumplir con ese deber, si lo hacen lo que ejercitan es más bien un poder jurídico por esa razón, las consecuencias jurídicas que se derivan del acto reconciliatorio son buscadas y queridas por las partes. Eliminada la posibilidad del divorcio o los efectos de la separación judicial se producen necesariamente una serie de efectos jurídicos propios del orden familiar y constitutivos de los denominados estados de familia.

La doctrina ha enfocado de distinta manera la naturaleza jurídica de la reconciliación asimilándola a la figura del negocio jurídico, a la de acto jurídico familiar o al:

“el contrato de derecho de familia en virtud del cual los cónyuges deciden perdonar las ofensas recibidas restableciendo la vida matrimonial a sus cauces normales.”⁶³

Entre las características que se le ha otorgado a la reconciliación tenemos: la bilateralidad debe darse el acuerdo de voluntades de ambos cónyuges, la no formalidad no se exigen requisitos especiales para su conformación basta la manifestación del acuerdo, se admite también la posibilidad de que sea expresa, comunicada oficialmente a la autoridad que dirige el litigio o tácita cuando de hecho los cónyuges reanudan la convivencia.

Los artículos 48 inciso 5, 52 y 63 del Código de Familia, norman la reconciliación en forma ambigua al mencionar, **“comparencias para intentar la reconciliación”**, nos parece

⁶³ Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1979

que la referencia debió hacerse a la figura de la conciliación, en concordancia con el sentido del art. 48, ya que la reconciliación como vimos presupone un procedimiento con condiciones y consecuencias muy distintas a las de una práctica conciliatoria. Del análisis de nuestro Código de Familia es frecuente y consecuente entonces la interpretación que sostiene.

“La conciliación funciona a cabalidad en los procesos de investigación de paternidad, o bien en los divorcios o separación judicial, pero para mantener el vínculo matrimonial; lo que equivale a una reconciliación. Es decir en familia la conciliación funciona para mantener los principios que rigen el Código de Familia como la integridad del matrimonio...”⁶⁴

Reconocemos la existencia de una confusión normativa, respecto a los términos reconciliación y conciliación que en el desarrollo de este trabajo hemos tratado no solo de señalar sino también de aclarar, permitiéndonos explicar en parte la causa del fracaso de las audiencias de conciliación en materia de familia, pues según se desprende de la experiencia judicial y del marco legal correspondiente los jueces han procedido como reconciliadores, buscando que las partes retornen a la relación conyugal, y no como el conciliador que debe perseguir un acuerdo o solución negociada y satisfactoria a los intereses en conflicto, sin que ello implique reanudar la convivencia conyugal.

⁶⁴ Parajeles, Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil. Escuela Judicial. Corte Suprema de Justicia, p. 26, 1999.

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL: DEL ACUERDO AL PROCESO.

Partimos de que el orden jurídico pretende establecer un sistema de paz, de paz externa en las relaciones objetivas entre las personas que derive en una regulación de las acciones interindividuales y sociales segura y justa. Sustentados en este presupuesto nos podemos aproximar al análisis y a la reflexión sobre el significado de la denominada conciliación extrajudicial, la cual en un sentido muy preciso debería ser el medio para evitar que se origine un futuro proceso. La conciliación así entendida es un auténtico proceso, aunque un proceso especial “*un proceso que previene un proceso*”⁶⁵

La naturaleza jurídica de la conciliación implica también la existencia de un acto no jurisdiccional de carácter voluntario y que sustituye al acto jurisdiccional. Es un procedimiento parajudicial que el Estado puede acoger y aún fomentar como un medio para el logro de arreglos efectivos entre los particulares vinculados a la realización de la pacificación social.

La conciliación le permite a las partes envueltas en una disputa poner fin al conflicto, solucionar la controversia celebrando mediante la intervención de un órgano imparcial un acuerdo con cláusulas y condiciones que les satisfacen recíprocamente, logrando resultados de carácter jurídico que surgen al margen de la actividad de un juez. Ante esta situación razones de orden jurídico y lógico, de inmediato nos llevan a preguntarnos ¿cuál es la ejecutividad del acuerdo logrado, cuál el valor del documento en que se asienta ese acuerdo? ¿puede ponerse en práctica el acuerdo mediante el cumplimiento voluntario de las partes, o será necesaria siempre que el acta en

que conste el acuerdo, deba ser llevado ante un juez para la homologación correspondiente asegurándose las partes de esa forma su cumplimiento?. La respuesta a estas preguntas puede conducir a situaciones diversas dependiendo del *marco* legal en que nos ubiquemos, solo un análisis de las disposiciones legales pertinentes que disciplinen esa materia nos permitiría conocer el alcance de un régimen de conciliación extrajudicial.

La conciliación extrajudicial si bien evita la mayor parte de los actos que conforman un proceso, sino está debidamente reglada no será la solución ni la garantía, de una contienda menos si su régimen es ambiguo, e impone el principio de referencia a un acto procesal homologatorio en que el juez revisará las condiciones sobre la disponibilidad del objeto del acuerdo y verificará la capacidad de las partes. Interpretada así la figura de la conciliación en congruencia con el tratamiento tanto doctrinario como normativo que tradicionalmente se le ha dado, lo que en la práctica opera es una remisión del acuerdo a sede procesal. A lo anterior debe agregarse el criterio de algunos tratadistas en el sentido que la conciliación extrajudicial facilita la labor jurisdiccional. pero no extingue la relación procesal puesto que cuestiones relacionadas con costas o el cumplimiento compulsivo de los términos del acuerdo conciliatorio son parte de “ un acto complejo extintivo de una particular situación conflictiva, podemos concebir un proceso integrado por partes múltiples y por múltiples pretensiones.

El verdadero sentido de esta modalidad de conciliación ajustado a la realidad provoca como resultado un procedimiento híbrido, que se desenvuelve parcialmente en el ámbito de la evidencia y parcialmente en el marco del proceso judicial.

⁶⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba

EL MUTUO CONSENTIMIENTO.

Las desavenencias entre cónyuges aparecen en la esfera judicial principalmente representadas por el divorcio frente a otros procesos que conocen los jueces de familia como pueden ser de emplazamiento o desplazamiento, tales como las investigaciones de paternidad, impugnación de paternidad, declaratoria de hijo extramatrimonial, pensiones alimentarias entre otras.

Nuestro Código de Familia, contempla como una causal para el divorcio y la separación judicial el mutuo consentimiento de ambos cónyuges art. 48 1, 7 y art. 58 1, 7, este convenio debe presentarse en escritura pública, y conforme al art. 60 el convenio debe contener los siguientes aspectos

“...1) a quien corresponde la guarda crianza y educación de los hijos menores;2) Cuál de los cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en que se obligan ambos; 3) Manto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren; 4) Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges”.

Ese convenio debe ser aprobado por el Tribunal, pudiendo pedir que se complete o aclare si es omiso u oscuro, en cuanto a alguno a algunos de los cuatro puntos señalados anteriormente.

En cuanto al convenio, la única restricción expresamente dispuesta por el Código, es que éste no puede perjudicar; los derechos de los menores (artículos 48 y 60). En el Código

Procesal Civil en los artículos 839 a 846 encontramos la regulación procesal del divorcio y la separación por mutuo consentimiento, particular importancia tiene el art. 845 al disponer:

“La sentencia, tendrá los recursos de apelación y de casación, y la autoridad y la eficacia de cosa juzgada material. No producirá cosa juzgada, el pronunciamiento sobre alimentos; la patria potestad, la guarda, la crianza y la educación de los hijos menores”.

Es evidente que el convenio de divorcio o separación incorpora acuerdos sobre cuestiones considerados como derechos indisponibles.

El art. 60 del Código de Familia indica además, que si el convenio y la separación o el divorcio son procedentes y no perjudica los derechos de los menores, el Tribunal lo aprobará pudiendo modificarlo en lo convenido con respecto a los hijos. En caso de que el convenio sea omiso u oscuro el Tribunal puede pedir que se complete o aclare. En la práctica de acuerdo con la opinión de algunos jueces consultados los Tribunales constatan que el convenio no contenga violaciones a los derechos fundamentales y al interés público. Nos parece que algunas desigualdades resultantes de un **“mutuo acuerdo”** no son percibidas por los jueces, por lo que no es frecuente que les pidan a las partes que aclaren o completen el convenio.

La normativa vigente va mas allá de lo que la doctrina y la misma legislación han supuesto. Nos atrevemos a señalar una antinomia en nuestro ordenamiento entre las disposiciones del Código Civil artículo 1376, y los artículos 48 y 58 del Código de Familia, ya que el régimen del mutuo acuerdo permite a los cónyuges en una etapa previa a la intervención judicial celebrar un acuerdo en el cual muchas veces se transa incluso sobre la causal real que motiva la

acción de divorcio, y cuya consecuencia es la modificación del estado civil de las personas. Por medio del mutuo se puede transar acerca del estado civil, esta circunstancia abre una opción muy amplia para una reforma legal, que haga posible asimilar otras cuestiones relacionadas con conflictos de familia, a un acuerdo análogo en cuanto a condiciones y requisitos al del mutuo acuerdo para el caso de divorcio y separación judicial pero, logrado mediante un procedimiento de mediación a conciliación.

El acuerdo del mutuo es homologado por el juez, en forma tal que nos parece estar mas bien frente a un proceso de conciliación extrajudicial, sujeto como condición de su efectividad a la homologación. Incluso podemos afirmar que los abogados que asisten a las partes para conformar el convenio que se asienta en la escritura pública, actúan como una especie de mediadores o conciliadores, aconsejándoles, sugiriéndoles fórmulas de avenimiento, a posibilitándoles la comunicación para resolver un conflicto de carácter familiar.

Una reflexión acerca del significado real y la utilización tan frecuente de mutuo acuerdo ha sido posible mediante un estudio comparativo efectuado en los dos Juzgados de Familia de San José, en los años de 1992 y 1993, en donde se demuestra la frecuencia del divorcio por mutuo acuerdo 924 y 976 casos tramitados en el Juzgado Primero de Familia en ese periodo, 1910, más 1001 tramitados en el mismo periodo en el Juzgado Segundo de Familia. Los datos sobre lo que hemos denominado divorcios contenciosos (por cualquiera de las otras causales) frente a los no contenciosos (por mutuo consentimiento) son muy ilustrativos así tenemos, que para el año de 1993 se tramitaron en los dos Juzgados de Familia de San José, 529 divorcios contenciosos y 1977 divorcios por mutuo acuerdo.

Sin embargo no todo divorcio por mutuo acuerdo sometido a conocimiento de Juzgador debe ser aprobado, pero para rechazar el mismo debe motivarse y fundamentarse en ello (Véase anexo No.3)

PROYECTO PARA CREACIÓN DE UNA UNIDAD DE JUECES CONCILIADORES

JUSTIFICACIÓN

El Plan de Modernización del Poder Judicial 2000-2005 contempla como área estratégica de trabajo, la “Simplificación y celeridad de los Procesos Judiciales” en el que se plantea la optimización de medios alternos de solución de conflictos y desjudicialización de conductas.

Respecto del primer punto que contiene el área mencionada, está precisamente la de optimizar el uso de los medios alternos, lo que implica una atención especial sobre el mecanismo de Conciliación, medio alternativo por excelencia en la esfera judicial.

El impulso que se le ha dado a la figura de la conciliación, ha respondido a un interés de nuestro sistema, de generar para la administración de justicia en general, una oportunidad de reconocer los beneficios que la misma provee tanto a los usuarios como al sistema mismo, a saber: celeridad; mayor nivel de satisfacción relacionado con el proceso y el resultado; permanencia de los acuerdos en el tiempo y viabilidad de los mismos; descongestionamiento de los tribunales; y la promoción de la paz social, entre otros.

Al hablar de promoción de la paz social, necesariamente se hace referencia al segundo aspecto incluido también en el área estratégica en mención: la desjudicialización de las conductas.

En los procesos de conciliación estratégicamente dirigidos por jueces conciliadores, se desarrolla un modelo comunicacional que permite el modelaje de conductas pacíficas para la resolución de conflictos, modelo en el que las personas pueden llegar a adquirir conciencia de la importancia de su propia participación en la construcción de las mejores alternativas para resolver sus controversias.

Esa posibilidad está dada por la operacionalización de algunos de los principios de la conciliación, que obligadamente se revelan en la dirección estratégica y especializada del espacio en el que se da la conciliación: el principio de participación y el principio de contextualidad.

El principio de participación plantea la necesidad de hacer una devolución del conflicto a las partes, a fin de que éstas asuman la responsabilidad de crear las alternativas de solución al mismo, convirtiéndose así en las protagonistas de la conciliación.

El principio de contextualidad hace referencia a la necesidad de tomar en cuenta las necesidades, percepciones y expectativas de las partes referidas a su realidad, a fin de garantizar la satisfacción y la viabilidad relacionadas con el acuerdo conciliatorio.

Es a través de la práctica profesionalizada de la conciliación, que el mecanismo va a generar todos los beneficios para el sistema y para el usuario, en quien se pretende que, con la experiencia positiva de la resolución pacífica de un determinado conflicto, aprenda un nuevo modelo de comunicación aplicable en la vida cotidiana, y que disminuiría las posibilidades de “*judicializar*” en el futuro, nuevos conflictos.

En el sistema de administración de Justicia de nuestro país, se están visualizando dos posibilidades de implementar la conciliación de manera tal que se optimicen sus efectos, para todas las partes involucradas en el proceso.

Una de ellas, es objeto de análisis actualmente por parte de los miembros de la Corte Plena, y consiste en la Creación del Primer Centro de Conciliación anexo a las Tribunales de Justicia.

La otra opción, que es la que se detalla en la presente propuesta, consiste en la creación de una Unidad de Jueces Conciliadores itinerantes que sean designados por tiempo definido al juzgado que establezca la Presidencia de la Corte de acuerdo a las necesidades institucionales.

La Unidad de Jueces Conciliadores coordinaría su trabajo con la Unidad de RAC de la Escuela Judicial, quien brindaría asesoría y supervisión a través de reuniones de coordinación técnica con los Jueces Conciliadores.

Se recomienda la asignación de la Unidad de Jueces Conciliadores a un despacho determinado por un período no menor a los seis meses, para lograr un impacto significativo en el tratamiento especializado que se les va a dar a los casos en conciliación y en el descongestionamiento esperado.

OBJETIVOS GENERALES

Aportar a la institución medios para ejecutar acciones concretas dirigidas al desarrollo de una de las áreas estratégicas de trabajo para el período 2000-2005, la simplificación y celeridad de los procesos judiciales a través de la optimización de medios alternos de solución de conflictos.

Crear una Unidad de Jueces Conciliadores que puedan desarrollar un modelo de conciliación que pueda ser aplicado para las materias que, de acuerdo con las necesidades y prioridades de la institución, designe la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Determinar la viabilidad del modelo de conciliación por etapas en diferentes juzgados, como instrumento de mejoramiento en la administración de justicia.

Insertar la figura del juez conciliador en el ámbito institucional, como una necesidad de demostrar cómo la práctica profesional de la conciliación genera beneficios cualitativos y cuantitativos en el manejo de los casos, y por lo tanto en el manejo del circulante.

DURACIÓN TOTAL:

Abril-diciembre, año 2001

ETAPAS:

Para el adecuado logro de estos objetivos se ha determinado la necesidad de un proceso dividido en tres etapas, a saber:

Diseño.

Ejecución, perfeccionamiento.

Evaluación del proyecto.

Etapa de diseño

Objetivos específicos

Desarrollar un sistema administrativo inicial para la puesta en funcionamiento de la Unidad de Jueces Conciliadores.

Actividades a realizar

Selección de los juzgados con los que se podrá iniciar la labor de la Unidad de Jueces conciliadores de acuerdo a sus necesidades.

Elaboración de fluxograma de proceso.

Diseño de un procedimiento de conciliación en la materia seleccionada por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Diseño de formularios para el funcionamiento de la Unidad.

Diseño de un sistema inicial de atención de casos en los despachos judiciales.

Resultados esperados

Uno Modelo de trabajo coordinado entre la Unidad de Jueces Conciliadores y los juzgados en los que la Presidencia de la Corte defina.

Formularios requeridos para el proceso.

Fluxograma de proceso

Duración: un mes

Etapas de ejecución y perfeccionamiento

Objetivo Específico

Poner en práctica, analizar y perfeccionar los componentes del modelo de conciliación por etapas y su aplicabilidad a la materia designada por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Acciones a Realizar

Realización de conciliaciones en la materia correspondiente al juzgado seleccionado.

Recolección procesamiento y evaluación de datos estadísticos, cuantitativos y cualitativos, sobre las conciliaciones realizadas, el servicio prestado y la respuesta de los usuarios.

Supervisión, ajuste y perfeccionamiento tanto de los componentes del modelo inicial de conciliación por etapas, como del funcionamiento operativo de la Unidad.

Resultados Esperados

Un modelo depurado de trabajo y coordinación entre la Unidad de Jueces Conciliadores y los juzgados.

Un modelo depurado de supervisión, evaluación y perfeccionamiento de servicios de conciliación.

Impacto significativo en el circulante de casos del juzgado en el que se llevó a cabo el proyecto.

Duración: 6 meses

Etapas de evaluación del proyecto

Objetivos Específicos

Evaluar los componentes del modelo de trabajo de la Unidad de Jueces Conciliadores.

Evaluar el Modelo estratégico de Conciliación por etapas y su efectividad en el manejo de los casos.

Evaluar el impacto del trabajo de la Unidad de Jueces Conciliadores en el juzgado que la Presidencia de la Corte designó para el proyecto.

Establecer recomendaciones generales sobre el modelo de trabajo de la Unidad.

Acciones a Realizar

Evaluación general del modelo de trabajo de la Unidad.

Evaluación general del modelo de Conciliación desarrollado en el proyecto.

Sistematización de la evaluación de los usuarios respecto del modelo de conciliación implementado.

Redacción de informes de los resultados del proyecto de conciliación ejecutado por la Unidad.

Resultados Esperados

Informes mensuales del proyecto de trabajo de la Unidad de Jueces Conciliadores.

Informe cualitativo y cuantitativo de los resultados de la ejecución del proyecto de la Unidad de Jueces Conciliadores en el juzgado en el que se desarrolle la experiencia.

Duración: Los informes serán presentados cada mes y el informe final sería entregado al finalizar el último mes de ejecución del proyecto.

REQUERIMIENTOS

Requerimientos de personal

El personal de la Unidad de Jueces Conciliadores sería el siguiente:

4 Jueces Conciliadores (uno tendría labores de coordinación)

1 Auxiliar Judicial

1 Consultora

Es importante anotar que se cuenta con el personal detallado anteriormente. Los cuatro conciliadores están nombrados en plazas extraordinarias por todo el año 2001. El auxiliar judicial que se requiere, será asignado a la Unidad en calidad de préstamo por la Escuela Judicial, debidamente aprobado por el Director de la Escuela Judicial, lo que implica que únicamente faltaría la autorización por parte del Consejo Superior, a fin de que este servidor pueda ser sustituido en su puesto habitual. La Licda Kattia Escalante, Coordinadora de la Unidad de RAC de la Escuela Judicial, colaboraría con la Unidad de Jueces Conciliadores en calidad de consultora, con el fin de asesorar a los jueces conciliadores en materia de administración de casos y eventualmente realizaría con ellos conciliaciones que requirieran de apoyo interdisciplinario.

Los jueces conciliadores coordinarán con la Licda Escalante todo lo referente a la capacitación que se brinde a jueces, defensores y fiscales, tal y como se ha venido realizando hasta la fecha.

Requerimientos materiales:

Para el trabajo de la Unidad de Jueces Conciliadores se coordinaría con el juzgado que corresponda, para la utilización de algún espacio que pueda funcionar como sala de conciliación.

Sería idóneo si se realizara el proyecto en algún juzgado que esté ubicado en el Edificio de los Tribunales de Justicia del primer circuito judicial, ya que éste cuenta con seis salas de conciliación en las que se pueden realizar las conciliaciones.

Debe asimismo, reproducirse los formularios diseñados por la unidad de RAC para la administración de casos.

Esta Unidad no podría laborar sin un reglamento, por lo que al propio tiempo que solicitamos la creación del mismo, proponemos para disciplinar su funcionamiento, el siguiente proyecto de:

REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD DE JUECES CONCILIADORES

CAPITULO I Principios rectores de los procesos de conciliación

Artículo 1: Principios

CAPITULO II Disposiciones Generales

Artículo 2: Objeto y ámbito de aplicación

Artículo 3: Funcionamiento y responsabilidades

Artículo 4: Competencia

Artículo 5: Funciones de la Unidad de Jueces Conciliadores

Artículo 6: De la estructura de la Unidad

Coordinador de la Unidad

Jueces Conciliadores

Personal de Apoyo

Capítulo III Atención de los usuarios

Artículo 7: Manejo de los casos

Artículo 8: Audiencias de Filtro

Artículo 9: Audiencias de conciliación

Capítulo IV De los Jueces Conciliadores

Artículo 10: Requisitos para ser Juez Conciliador

Artículo 11: Deberes del Juez Conciliador

Artículo 12: Sanciones y órgano sancionador

Capítulo V.- Del proceso de conciliación

Artículo 13: Criterios de valoración de casos para conciliación

Artículo 14: Inicio del proceso, día, hora y lugar

Artículo 15: Citas para la audiencia de filtro y de conciliación

Artículo 16: No concurrencia a la sesión

Artículo 17: Del acuerdo conciliatorio

Artículo 18: Costas del proceso

Capítulo VI.- De las partes

Artículo 19: Obligaciones de las partes

Artículo 20: Participación de otros intervinientes en el proceso

Artículo 21: Los abogados asesores de las partes

Capítulo VII.- Recursos

Artículo 22: Impedimentos, recursos contra el conciliador

Artículo 23: Revisión y aclaración: plazos

Artículo 24: Formas de terminación el proceso

Proyecto de Reglamento para la Unidad de Jueces Conciliadores

La Corte Plena en cumplimiento de lo establecido por el artículo 6 de la Ley 7727 de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, establece el presente reglamento con el propósito de poner en operación la institución de los jueces conciliadores,

normar el servicio y determinar las facultades y responsabilidades de los funcionarios correspondientes.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS RECTORES DE LOS PROCESOS DE CONCILIACIÓN

Artículo 1.- Principios: Los siguientes principios regirán la conciliación como un medio alternativo de solución de controversias al interior del Poder Judicial y serán de obligatorio acatamiento tanto para los jueces conciliadores, como para cualquier juez que tramite una conciliación dentro de un proceso bajo su conocimiento:

Principio de Libertad: Reconocimiento de la potestad de las partes para optar por la conciliación como un medio alternativo para la resolución de sus controversias.

Principio de Flexibilidad: Establecimiento de actuaciones informales, adaptables y simples como estrategia para optimizar el proceso de conciliación.

Principio de Confidencialidad: Mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y privacidad de toda la información, así como de las actuaciones que se realicen dentro del proceso conciliatorio, incluyendo la información que se reciba en reuniones separadas con las partes. El conciliador debe guardar absoluta reserva de lo que las partes manifiesten aunque éstas expresamente le autoricen a transmitirlo.

Principio de Idoneidad: Capacidad, preparación técnica, las habilidades y destrezas requeridas para desempeñarse como conciliador.

Principio de Celeridad: Agilización de los procedimientos para la solución de las controversias.

Principio de Equidad: Intervención balanceada del conciliador para dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos y de expresar sus puntos de vista dentro del proceso.

Principio de Contradicción: Amplia libertad de las partes para conocer y confrontar los puntos de vista contrarios sobre su conflicto.

Principio de Decisión Informada: Obligación del conciliador de explicar a las partes los términos y las consecuencias del acuerdo producto de una conciliación y asegurarse que las partes comprendan los términos del mismo.

Principio de Mínima intervención en la Toma de Decisiones: Depositar toda la responsabilidad del contenido del acuerdo en las partes. El conciliador no tomará decisiones de fondo por ninguno de los intervinientes, limitando su papel a la dirección técnica del proceso.

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación.

El presente reglamento tiene como objeto regular el procedimiento a seguir y los derechos y deberes de las partes, los conciliadores y los asesores dentro de los procesos de conciliación, establecido en el ley No. 7727 del 14 de enero de 1998.-

Se aplicará a la conciliación de controversias que se encuentren en trámite ante los tribunales de justicia, cuando una o más partes en conflicto hayan solicitado y ambas hayan acordado que las diferencias surgidas entre ellas sean resueltas por medio de conciliación y cuando se coordine con el juez de la causa, que el caso debe ser trabajo por la Unidad de Jueces Conciliadores.

Artículo 3.- Funcionamiento y responsabilidades

El funcionamiento y responsabilidades de la Unidad de Jueces Conciliadores se regirá por lo previsto en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (ley No. 7727) y demás normas que se dicten sobre la materia, así como por el presente Reglamento.

Artículo 4.- Competencia

Los Jueces Conciliadores serán competentes para conocer los asuntos en que voluntariamente ambas partes se sometan, dentro de los respectivos procesos y en los casos en que sea legalmente procedente. La Presidencia de la Corte definirá las materias específicas en las que serán competentes.

Artículo 5.- Funciones de la Unidad de Jueces Conciliadores

Son funciones de la Unidad de Jueces Conciliadores:

a.- Brindar un servicio público y gratuito de conciliación judicial coordinado con el juzgado al que ha sido asignada de manera temporal.

b.- Proporcionar ambientes adecuados para que se lleven a cabo las audiencias de filtro y de conciliación.

c.- Controlar el cumplimiento de los plazos previstos para el proceso conciliatorio.

d.- Velar por que el servicio de conciliación sea eficiente.

e.- Las demás que se les asignen por la Corte.

Artículo 6.- De la estructura de la Unidad de Jueces Conciliadores

La Unidad contará con la siguiente estructura administrativa:

Coordinador de la Unidad: El Juez coordinador de la Unidad será el responsable de su adecuado funcionamiento, correspondiéndole:

a.- Coordinar con el juez o los jueces del despacho correspondiente, la referencia de los casos a la conciliación.

b.- Velar por el cumplimiento del objetivo principal de la Unidad.

c.- Dirigir, ejecutar y supervisar las tareas asignadas a los Jueces Conciliadores.

d.- Coordinar los roles de asignación de audiencias de filtro y conciliación.

e.- Coordinar con el personal administrativo el correcto uso y asignación de salas de conciliación, o de los espacios físicos asignados para efectos de la conciliación, si no se cuenta con el recurso de las salas.

f.- Rendir informes mensuales a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el funcionamiento de la Unidad de Jueces Conciliadores, en coordinación con la Unidad de RAC de la Escuela Judicial.

g.- Las demás funciones que se le asignen por parte de la Presidencia de la Corte.

Jueces Conciliadores:

Los Jueces Conciliadores dependerán de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y sus funciones serán:

a.- Servir como tercero imparcial en todos los procesos de conciliación que se le asignen.

b.- Llevar adelante el proceso de conciliación con la diligencia requerida, cuidando de cumplir con los plazos establecidos por las normas que lo regulan.

c.- Homologar los acuerdos conciliatorios que suscriban las partes en las audiencias que realice.

Personal de Apoyo

Los auxiliares judiciales asignados a la Unidad de Jueces Conciliadores, que podrá ser el mismo personal con el que cuenta el juzgado o personal que de manera temporal preste servicio a la Unidad de forma exclusiva y tendrán la responsabilidad de colaborar en el procesamiento de la información que se requiera, así como la tramitación administrativa. Por otro lado, le corresponderá en forma personal la organización de los archivos, el control de la

correspondencia, digitación de documentación, recepción e información a los usuarios y las que se le asignen por parte del coordinador de la Unidad de Jueces Conciliadores.

CAPÍTULO III

ATENCIÓN DE LOS USUARIOS

Artículo 7.- Manejo de los casos

El manejo de los casos se coordinará tanto con el juez de la causa como con el personal administrativo del despacho, que será el responsable de registrar la remisión de los expedientes a la Unidad.

La Unidad de Jueces Conciliadores establecerá todos los controles que estime convenientes para el correcto manejo de los expedientes.

Artículo 8.- Audiencias de filtro

El Juez coordinador de la Unidad asignará, según el rol de trabajo que corresponda, el caso al conciliador de turno quien deberá dentro de un plazo máximo de quince días fijar la fecha y hora para la entrevista inicial o filtro con las partes. Dicha audiencia para filtro será notificada a las partes en el lugar que ellas hayan fijado para oír notificaciones.

Artículo 9.- Audiencias de conciliación

El Juez conciliador procurará señalar la o las audiencias de conciliación con la mayor celeridad posible, a fin de lograr la pronta resolución del conflicto.

CAPÍTULO IV

DE LOS JUECES CONCILIADORES

Artículo 10.- Requisitos para ser Juez Conciliador

Para ser nombrado Juez Conciliador se requerirá:

Cumplir con los requisitos establecidos por la ley para desempeñar el cargo de juez.

Haber aprobado el curso de formación de Jueces Conciliadores de seiscientas horas que imparte la Escuela Judicial o contar con una preparación equivalente o superior a la acreditada por dichos cursos. Los requisitos de validación correspondiente serán establecidos por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial

Tener experiencia en administración de justicia.

Artículo 11.- Deberes del Juez conciliador

Son deberes del Juez Conciliador los establecidos en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727).

Artículo 12.- Sanciones y órgano sancionador

Será competencia exclusiva de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sancionar a los Jueces Conciliadores por el incumplimiento en sus funciones, sin perjuicio de las

responsabilidades de ley. En caso de incumplimiento del presente reglamento, violación de los principios rectores del proceso de conciliación y demás disposiciones que regulen su actuación.

CAPÍTULO V

DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN

Artículo 13.- Criterios de valoración de casos para conciliación

Los criterios generales de valoración de casos son:

a.- Casos que por su naturaleza requieran atención especializada de la Unidad de Jueces Conciliadores, atendiendo a los criterios de atención de casos establecidos por ésta para la materia específica.

b.- Por solicitud expresa de las partes ante el juez de la causa.

Cada caso será sometido a un análisis de admisibilidad por parte de la Unidad a fin de determinar la viabilidad del caso para ser conciliado.

Artículo 14.- Inicio del proceso, día, hora y lugar

La audiencia de conciliación se realizará el día, a la hora y en el lugar señalados en la notificación y no podrá ser modificada por las partes.

Artículo 15.- Citas para la audiencia de filtro y de conciliación

Corresponderá a un auxiliar judicial colaborar con el coordinador de la Unidad, en la asignación de citas para filtro y conciliación de acuerdo con la agenda de la Unidad y será el responsable de enviar las notificaciones a las partes.

Artículo 16.- No concurrencia a la sesión

Si las partes no concurren a la o las sesiones de conciliación el conciliador dará por cerrado el caso y remitirá el expediente al juez de la causa con la constancia respectiva.

Artículo 17.- Del acuerdo conciliatorio

El juez conciliador velará por que el acuerdo conciliatorio cumpla con todos los requisitos de formalidad y legalidad, y una vez realizada la homologación del mismo, remitirá el expediente al despacho de origen para el respectivo cierre y archivo del expediente.

Artículo 18.- Costas del proceso

Cada parte deberá negociar con su asesor legal el pago de las costas personales, salvo pacto en contrario dentro del acuerdo conciliatorio.

CAPÍTULO VI

DE LAS PARTES

Artículo 19.- Obligaciones de las partes

Será obligatorio para las partes:

a.- Asistir a la audiencia de filtro.

b.- Asistir a la audiencia de conciliación.

c.- Cumplir con las reglas del proceso indicadas por el Juez conciliador durante toda la audiencia de conciliación.

Artículo 20.- Participación de otros intervinientes en el proceso

Para que se lleve a cabo la audiencia de conciliación judicial deberá notificarse a todas las partes intervinientes en el proceso en el lugar señalado para atender notificaciones. El auxiliar judicial verificará que tanto el actor como el demandado o la víctima y el imputado, según corresponda, sean citados como partes indispensables para la celebración de la audiencia.

Artículo 21: Los abogados asesores de las partes

Las partes podrán ser asesoradas o representadas por un abogado de su elección, sin embargo, esta asesoría deberá ceñirse a las normas establecidas para la conciliación. Los asesores no son parte del proceso y solo podrán comunicarse con la parte a la cual asesoran, salvo autorización expresa del conciliador.

CAPÍTULO VII

DE LOS RECURSOS

Artículo 22.- Impedimentos, recursos contra el conciliador

Se aplicarán a los jueces conciliadores las mismas reglas del artículo 53 del Código Procesal Civil.

Además las partes pueden solicitar la recusación del conciliador cuando:

- a.- No actúe con imparcialidad.
- b.- No dedique el tiempo requerido al proceso.
- c.- Exista un conflicto de intereses con alguna de las partes.

Artículo 23.- Revisión y aclaración: plazos

Las partes podrán solicitar al juez conciliador, dentro de los ocho días posteriores a la firma del acuerdo, la aclaración y revisión de cláusulas del acuerdo que resultaren omisas o confusas, a fin de no hacer nugatorios los alcances del convenio de conciliación.

Artículo 24.- Formas de terminación del proceso

El proceso de conciliación terminará por las siguientes razones:

- a.- Por la firma de un acuerdo conciliatorio.
- b.- Por la no comparecencia de las partes a las audiencias.
- c.- Por la manifestación de alguna de las partes de no querer continuar con el proceso de conciliación.
- d.- Por la constancia del Juez Conciliador que indique que el caso no es conciliable.



CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Costa Rica se encuentra como he mencionado en una gran crisis debido a la gran cantidad de procesos tramitados en los diferentes Juzgados y a consecuencia de esto es imposible para los mismos tramitarlos de manera pronta y cumplida como lo determina nuestra Carta Magna en su artículo 41 ya enunciado. Es por esta circunstancia que los medios alternos de mediación/ conciliación y arbitraje, están tan de moda en este momento.

Mi pretensión con esta investigación es hacerle ver al ciudadano costarricense que con estos medios alternos no solo encontramos una resolución rápida, eficaz y económica en el ámbito judicial o extrajudicial; además logramos la paz social y la descongestión de los Tribunales de Justicia.

Es por esta razón que El Poder Judicial al ver tal crisis ha implementado dentro de los Juzgados de Familia del primer Circuito Judicial de San José, un proyecto de conciliación en donde se nombran Jueces especializados en la materia de mediación /conciliación propiamente dicha. Estos Jueces son totalmente independientes de la resolución final sino hubiera conciliación en dicho litigio.

Por otro lado, una de las preocupaciones que tienen los ciudadanos ante esta nueva modalidad de solucionar conflictos es que tipo de sentencia es; pero como se estudió en esta investigación estos medios alternos tienen el carácter **de cosa juzgada** al igual que una sentencia donde a habido litigio; pero si esta sentencia no fuera cumplida en todo o en parte por una de las partes, la parte no cumplida se ejecutará en la vía judicial.

Otro de los problemas que enfrenta esta modalidad es que el profesional en derecho no esta consciente en que su función ética es de asesorar a las partes como es debido y no llenarse de casos largos y tediosos que al final solo les va a traer inconformidad a sus clientes, que si por lo contrario este profesional tratara de servir de mediador podría resolver sus casos en forma expedita, logrando así un convenio entre las partes para que el fin último sea una demanda o una denuncia.

En conclusión, estos medios alternos serían de gran provecho si el costarricense, fuera realmente educado a solucionar sus conflictos por esta vía, sin entrar en largos procesos judiciales que a la larga solo le va a traer problemas ya sea que no quede satisfecho con la sentencia, o que sea altamente oneroso o un sin fin de problemas que va a tener que resolver.

RECOMENDACIONES

A) Informar al ciudadano costarricense de que trata la mediación /conciliación, explicarle que ventajas tienen.

B) Concienciar al profesional en derecho que participe en la solución de conflictos de una manera más eficaz y para bien de los mismos clientes.

C) Capacitar a los jueces especialistas en cada materia para que asuman una posición más positiva ante esta avanzada forma de solucionar conflictos.

D) Contar con un sistema ágil y moderno de desenlace de controversias, que brinde seguridad a los usuarios y de una justicia pronta y cumplida.

CAPÍTULO V

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFÍA

A.LIBROS:

A.I.D. *Acuerdo de Asistencia para el Proyecto de Mejoramiento del Sector Justicia en Costa Rica*. Convenio Gobierno de Costa Rica –AID, septiembre de 1988.

A.I.D. *Segunda Enmienda al Convenio de Asistencia del Proyecto de Mejoramiento de la Administración de Justicia para Costa Rica*, Convenio Corte- AID N° 515-0244, 1993.

BAUDRIT CARRILLO (Diego). *Bases Teóricas y Prácticas, para un sistema de Resolución Alternativa de Conflictos de Derecho Privado, en Costa Rica*, San José, Convenio Corte AID, Programa RAC, 1995.

BODENHEIMER (Edgar) *Teoría del Derecho*, México, Editorial Fondo de Cultura, 13ª, reimpresión, 1993.

CAIVANO J. (Roque), GOOBI (Marcelo) y PADILLA (Roberto). *Negociación y Meditación. Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*. Ad-Hoc. SRL, Buenos Aires, Argentina, Primera edición, 1995, pp. 122-125

COLEGIO DE ABOGADOS. VII Congreso Jurídico Nacional, *La Administración de Justicia en Costa Rica*, Colegio de Abogados, 25-29 de noviembre de 1983.

CONAMAJ. *Resolución Alternativa de Conflictos*, San José, Editorial Mundo Gráfico, Cuadernos para el sector Justicia N° 3, 1995.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Componente de Administración de Tribunales*. Plan de Trabajo para la II Enmienda al Convenio de Asistencia de 1988. Proyecto 515.0244, (folleto café)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Conclusiones del I Congreso Nacional sobre la Administración de Justicia*, San José, Departamento de Publicaciones e impresos del Poder Judicial, Programa de Derecho para el Desarrollo, febrero 1994, p.35.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Plan de Modernización del Poder Judicial*. San José, Departamento de Publicaciones e impresos del Poder Judicial, mayo, 1993

DE LA OLIVA (Andrés) Y FERNÁNDEZ (Miguel Ángel) *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1ª Edición, 1988.

DEVIS ECHANDÍA (Hernando). *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial ABC, Tomo I, 1979.

ESCOLET (Miguel Ángel) *Estadística Psicoeducativa*. Editorial Trillas. México, 1973.

FISCHER (Roger) y URY (William) citado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. *El Manejo del conflicto*. San José, Costa Rica, 2000, p-7-8.

GARITA GONZALEZ (Víctor). *El Arbitraje, un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia*, San José, Convenio Corte AID, Programa RAC, 1995.

ISSA EL KHOURY JACOB (Henry). A la armonía por la palabra: *La solución negociada de conflictos penales*. San José, Litografía León, Convenio Corte- AID, 1995.

MENDEZ RAMÍREZ (Odilón). *La investigación científica*, San José, Editorial Juricentro, Segunda Edición, 1984.

MINUCHIN citado por **FOLBERG y TAYLOR.** *Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio*. Editorial Limusa del Grupo Noriega, Editores, Primera Edición, 1992.

MONROY CABRA (Marco). *Introducción al Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 6ª, Edición, 1983.

MOORE (Christopher), citado por **ORTEGA PINTO (Herbert David).** *La Teoría del Conflicto y la Resolución del Conflicto*. Derechos reservados por la Universidad para la Paz, Costa Rica, 1996.

PACHECO (Máximo), *Teoría del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª, Edición, 1990.

PARAJELES (Gerardo). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, 1999.

PARIS RODRÍGUEZ (Hernando). *Una nueva Administración de Justicia*, San José, Corte Suprema de Justicia, Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial (Programa Derecho para el Desarrollo), 1994.

PROGRAMA RAC. *Manual de Mediación Básica*, San José, Versión 1, 1995.

PROGRAMA RAC. *Marco Conceptual y Pragmático del RAC*, San José, Convenio Corte AID, 1994.

RECASENS SICHES (Luis). *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 6ª edición, 1981.

VARGAS HIDALGO (Ricardo). *Los medios de Solución Alternativa de Conflictos Laborales*, San José, Litografía León, Convenio Corte- AID, 1995.

VENEGAS VILLEGAS (Egenmery). *Del Conflicto a la Conciliación, del Combate a la Mediación. Una respuesta a los conflictos familiares*, San José, Litografía León, Convenio Corte-AID, 1996.

WILDE (Zulema) y Gaibrois (Luis). *¿Que es la Mediación?*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición, 1994.

B. REVISTAS

BOLAÑOS (Fernando). *Arbitraje Comercial en Costa Rica*, Revista Judicial, N° 48, 1989.

CASAFONT (Fernando). *Los Contratos dirigidos a la eliminación de una incertidumbre jurídica (Transacción y Compromiso)*, Revista de la Procuraduría General de la República, Año VIII, N° 11, marzo 1979.

CASTRO (Abel). *Conciliación y Transacción en el Derecho Laboral*, Revista Temas Sociales, N° 26, 1964.

PARIS RODRÍGUEZ (Hernando). *Resolución Alternativa de Disputas*, Revista Iustitia, San José, N° 91, julio 1994.

VESCOVI (Enrique). *Justicia Conciliatoria*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 4, 1993.

C. JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional, Voto N° 1739'92, de las 11: 45 horas del 1 de julio de 1992.

Sala Constitucional, Voto 5516-93.

D. LEGISLACIÓN

Código Civil, San José, Editorial Porvenir, Sexta Edición, 1994.

Código Procesal Civil, San José, Editorial Porvenir, cuarta edición, abril 1994.

Constitución Política, del 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Porvenir S.A, Primera Edición, 1995.

Ley Orgánica del Poder Judicial, San José, Publicaciones Jurídicas, febrero 1994.

E. TESIS

ALVARO PANIAGUA (Alexandra) y CAMPOS MORA (Olman). *El Proceso Arbitral en el Ámbito Nacional: Necesita de una reforma para su Modernización*, San José, Tesis para Optar por el título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994.

AMADOR HASBUN (Jaime). *Arbitraje y otros mecanismos alternativos como medios para mejorar la resolución de conflictos en Costa Rica*, San José, Tesis para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Memoria del Proyecto Corte AID, San José, Poder Judicial: *Programa Mejoramiento de la Administración de Justicia*, 1996.

ANEXOS

Nota: Ver Anexos en Archivo Aparte

TABLA DE CONTENIDOS:

PROYECTO DE MEDIACIÓN/CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA EN COSTA RICA EN EL ÁMBITO DEL PODER JUDICIAL	1
PROBLEMA DE LA INVESTIGACION	2
OBJETIVO GENERAL	5
OBJETIVOS ESPECIFICOS	5
PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO	6
CAPITULO I	8
INTRODUCCIÓN A LOS MEDIOS ALTERNOS	8
SOCIEDAD Y DERECHO	9
LA CONCILIACION EN LA LEGISLACION PROCESAL COSTARRICENSE	11
TEORÍA Y TÉCNICA DE LA NEGOCIACIÓN	12
LA NEGOCIACIÓN COMO MÉTODO	12
EL CONFLICTO	14
LA TEORÍA DEL CONFLICTO	15
¿CÓMO TRATAR EL CASO DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA?	16
LA TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN	19
LA NEGOCIACION COMO MÉTODO	22
LA TÉCNICA DEL NEGOCIADOR	22
EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADOR	25
ACTITUDES DEL NEGOCIADOR Y SOLUCIONES POSIBLES	28
CAPITULO II	30
JUSTICIA ALTERNATIVA	30
JUSTICIA ALTERNATIVA	31
CANCEPTOS BÁSICOS DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS	32
LA CONCILIACIÓN	32
¿QUÉ ES? ¿CÓMO OPERA?	32
LA MEDIACIÓN	36
EL ARBITRAJE	40

<i>DIFERENTES TIPOS DE ARBITRAJE</i>	47
DIFERENCIAS ENTRE LOS MEDIOS ALTERNOS	53
<i>CONCILIACION Y ARBITRAJE</i>	53
<i>MEDIACION Y CONCILIACION</i>	53
<i>MEDIACION Y ARBITRAJE</i>	53
CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS DEL RAC	54
<i>CELERIDAD O RAPIDEZ</i>	54
<i>PRIVACIDAD Y SECRETO</i>	54
<i>CREDIBILIDAD Y CONFIANZA</i>	55
<i>NO COMPITE NI EXCLUYE</i>	55
<i>NO ES CUERCITIVO</i>	55
<i>AHORRA TIEMPO Y DINERO</i>	56
<i>REDUCCION DE LOS DISGUSTOS</i>	56
<i>DESCONGESTION DE LOS DESPACHOS JUDICIALES</i>	56
<i>MEJORAMIENTO DE LA JUSTICIA TRADICIONAL</i>	56
<i>ATRAEN LA ATENCION DE INVERSIONISTAS</i>	56
OBJETIVOS DE RAC.....	57
CAPÍTULO III	57
LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN UNA OPCION PARA EL DERECHO DE FAMILIA	60
LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN UNA OPCION PARA EL DERECHO DE FAMILIA	60
<i>LA CONCILIACIÓN</i>	61
<i>LA MEDIACIÓN</i>	61
CÓDIGO DE FAMILIA, CÓDIGO DE TRABAJO, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y SU REGULACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE CONCILIACIÓN.....	64
LA CONCILIACIÓN JUDICIAL: LOS JUECES FRENTE AL CONFLICTO.	66
LA RUTINA DEL LEGALISMO.	72
LAS AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN PARA LOS ASUNTOS DE FAMILIA.	73
LA FIGURA DE LA RECONCILIACIÓN.	76
LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL: DEL ACUERDO AL PROCESO.	76
EL MUTUO CONSENTIMIENTO.....	81

PROYECTO PARA LA CREACION DE UNA UNIDAD DE JUECES CONCILIADORES.....	85
<i>OBJETIVOS GENERALES</i>	85
<i>REQUERIMIENTOS</i>	92
<i>CAPITULO I</i>	97
<i>CAPITULO II</i>	98
<i>CAPITULO III</i>	102
<i>CAPITULO IV</i>	103
<i>CAPITULO V</i>	104
<i>CAPITULO VI</i>	105
<i>CAPITULO VII</i>	106
CAPÍTULO IV.....	106
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	106
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	109
CAPÍTULO V	110
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	110
BIBLIOGRAFÍA	111
A. LIBROS:	111
B. REVISTAS	114
C. JURISPRUDENCIA.....	115
D. LEGISLACIÓN	115
E. TESIS.....	119
ANEXO.....	120