

LA CONCILIACIÓN NO ES JUSTICIA

MEDIATION IS NOT JUSTICE

*Harbey Peña Sandoval**

Fecha de recepción: 4 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2016

RESUMEN

Este documento busca hacer aportes a la conceptualización de la conciliación como parte de la disciplina de resolución de conflictos desligada de la justicia. Para ello se presentarán argumentos teóricos y prácticos sobre la conveniencia de separar la conciliación de la justicia.

Palabras claves: conciliación, justicia, acceso a la justicia, resolución de conflictos.

ABSTRACT

This paper intends to contribute to the conceptualization of mediation as part of the field of conflict resolution apart from justice. It will present theoretical and practical arguments about the convenience to separate mediation from justice.

Key Words: mediation, justice, access to justice, conflict resolution

* Docente de Negociación en la Maestría en Derecho Privado y Económico de la Universidad Nacional de Colombia; Abogado y Mediador, Magíster en Análisis y Resolución de Conflictos, correo electrónico: harbeyps@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En Colombia y gran parte de los países latinoamericanos, la conciliación o mediación ha sido diseñada como un método alternativo de solución de conflictos (MASC). Como parte fundamental en la conceptualización de la conciliación como un MASC, es el hecho de entenderla como un método previo, anexo o como su nombre lo indica, alternativo, al sistema de justicia. El presente artículo busca analizar las relaciones que existen entre la conciliación y la justicia, con la finalidad de sustentar la hipótesis que la conciliación no es justicia o una forma de ella.

Para lograr el propósito de este documento se presentarán cuatro partes. En la primera se describen las disciplinas que dieron origen o soporte académico a la conciliación. En la segunda parte se abordan los fundamentos conceptuales de la conciliación y se comparan con los de la justicia. En la tercera parte se desarrolla una comparación entre la conciliación y la justicia desde un enfoque práctico. Y en la última parte, se hacen algunas reflexiones sobre la conciliación desde la perspectiva de la resolución de conflictos.

Para efectos de este documento, se tomarán como sinónimos, la conciliación y la mediación. Si bien es cierto que dependiendo del contexto de su aplicación, estos dos métodos de resolución de conflictos son diferentes, para efectos prácticos y en especial para el entendimiento de los lectores ajenos al contexto colombiano de la conciliación, se prefiere asimilar esta última y la mediación. Lo anterior teniendo en cuenta que en países como Estados Unidos, Argentina, México y Chile, entre otros, lo que denominan mediación, en Colombia se ha llamado conciliación. Como lo afirma Mera (2013), “en términos de mecanismos, los más frecuentes en la región son la conciliación y mediación. La diferencia entre conciliación extrajudicial y mediación, sin embargo, no es sustantiva en las legislaciones revisadas y no responde a las diferencias que hace la doctrina entre ambas” (p. 380). Otra opinión tienen al respecto Bernal y Restrepo (2006), quienes al responder la pregunta: ¿Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación?, afirman que la conciliación es una mediación activa donde la primera es el género y la segunda una especie.

1. ORIGEN DISCIPLINAR DE LA CONCILIACIÓN

Esta parte tiene como propósito indagar sobre el origen del movimiento de la conciliación en los Estados Unidos, donde se convirtió en un método de resolución de conflictos. Para lo anterior, primero se abordará el origen de la conciliación en el contexto académico de la resolución de conflictos, después se hará mención sobre la naturaleza interdisciplinaria de la conciliación; posteriormente

se revisa la propuesta de los centros integrales de resolución de conflictos en la Conferencia Pound, entendida como el “big bang” de los MASC, y finalmente se retomará la advertencia de la colonización y cooptación de la conciliación por una sola disciplina: el derecho.

Para comenzar el análisis de la conciliación relacionada con la justicia, es importante tener en cuenta el origen académico de la conciliación en los Estados Unidos, país donde en 1957 se creó la Resolución de Conflictos como una disciplina con el siguiente objeto de estudio:

Las razones que nos han llevado a este trabajo pueden resumirse en dos proposiciones. La primera es que el más importante problema práctico que enfrenta hoy la raza humana es el de las relaciones internacionales, más específicamente, la prevención de la guerra mundial. La segunda es que si el progreso intelectual debe ser realizado en esta área, el estudio de las relaciones internacionales debe hacerse como una iniciativa interdisciplinaria, tomando su discurso desde todas las ciencias sociales, e incluso más allá de estas [...] El conflicto es un fenómeno que se estudia en muchos campos diferentes: sociólogos, psicólogos, psiquiatras, economistas, y politólogos. Ocurre en muchas situaciones diferentes: entre los miembros de una familia, entre trabajadores y la gerencia, entre partidos políticos, e incluso dentro de uno mismo, así como entre las naciones. Muchos de los patrones y procesos que caracterizan el conflicto en un área también lo caracterizan en otros. La negociación y la mediación continúan en los conflictos laborales, así como en las relaciones internacionales. Las guerras de precios y peleas internas tienen patrones de una carrera armamentista. La frustración engendra agresividad tanto en el individuo como en el Estado. Los problemas jurisdiccionales de los sindicatos y las disputas territoriales de los estados no son diferentes. No es exagerado afirmar que de las contribuciones de muchos campos está emergiendo una teoría general del conflicto. El aislamiento de estos diversos campos, sin embargo, ha impedido la construcción de estas contribuciones en un todo integrado.¹ (An editorial, 1957, p. 1)

El Editorial de la *Revista de Resolución de Conflictos* confirma que en 1957 la conciliación era parte de las formas para resolver conflictos en las controversias laborales; sin embargo, ésta no había sido integrada a una disciplina con rigor académico ni científico. La resolución de conflictos surge como un campo independiente que busca integrar diferentes teorías sobre los conflictos para hacer propuestas que permitan comprender mejor el fenómeno complejo del conflicto, y con ello prevenir una guerra mundial. Ésta parte de la necesidad de unir varios conocimientos originados en múltiples disciplinas profesionales y

1 La versión en español es una traducción oficiosa.

para ello toma diferentes métodos de abordajes de conflictos, uno de ellos es la conciliación. Pero esta conciliación no solo se desarrolla en su ámbito inicial, el de los conflictos laborales asociados a reclamaciones jurídicas de empleados *versus* empleadores, sino que se introduce en un nuevo marco académico y profesional: la resolución de conflictos. Esta es una diferencia fundamental: entender la conciliación como una forma de negociación asistida entre dos o más partes para terminar una controversia, o como un método a través del cual se interviene en las raíces de los conflictos con la finalidad de lograr la solución de los mismos, toda vez que sus causas han sido comprendidas y transformadas.

Sumado a lo anterior, en el segundo número de la *Revista de Resolución de Conflictos*, los editores hacen un resumen de los diferentes abordajes sobre el estudio de los conflictos sociales en los siguientes términos:

Los psicólogos han estudiado los conflictos internacionales y los conflictos empleado-empleadores. Los economistas han investigado los conflictos de intereses entre las empresas y entre el gobierno y la economía. Los sociólogos han explorado las interrelaciones de la clase social y el estatus social, por un lado, y el comportamiento político, por el otro. Los politólogos han tenido que prestar atención a las rivalidades étnicas y religiosas que durante mucho tiempo han sido investigados por los antropólogos y psicólogos sociales. Los historiadores y los filósofos han visto el conflicto intercultural en términos de contradicción de ideas. En la medida en que los científicos sociales han intentado describir y explicar un modo específico de la interacción social de los conflictos sus investigaciones parecen compartir una base común, aunque por lo general una implícita. A pesar de las actividades mencionadas anteriormente, no ha sido hasta ahora que relativamente poco esfuerzo se ha concertado en poner los hallazgos en un solo lugar, para replicar investigaciones fructíferas y la integración de los conceptos y teorías relacionadas. Por lo tanto, parece que vale la pena descubrir que existe mucho terreno en común, así como examinar las diferencias en los enfoques del mismo fenómeno general.² (Approaches to the study of social conflict: introduction by the editors, 1957, p. 105)

Este segundo aspecto que resaltan los editores de la revista mencionada, resulta de suma importancia para el análisis de la conciliación. La conciliación es la consecuencia de diversos aportes desde diferentes disciplinas, o en otras palabras, la naturaleza de la conciliación es interdisciplinaria. A diferencia de lo que ha pasado en algunos países de Latinoamérica, incluida Colombia, la conciliación en el contexto estadounidense no es una institución de naturaleza jurídica, ni mucho menos jurídico-procesal. Al examinar la conciliación como

2 Ibid.

un método, se evidencia que los pasos que integran el método, las técnicas y propósitos de la conciliación, son aportes que tienen su origen en la psicología, la antropología, la economía, las matemáticas, el derecho, entre otras profesiones, no solamente una de ellas. Desde que se tuvo interés en la Resolución de Conflictos y de tomar un método como la conciliación, se consideró que previo a su desarrollo en un sistema como el de justicia, la conciliación obedecía a un campo de acción donde muchos profesionales tenían valiosos aportes a la teoría, práctica e investigación de la misma. El artículo citado de la *Revista de Resolución de Conflictos* fue el resultado de un coloquio sobre Ciencias Sociales dedicado al conflicto que se celebró en 1957, auspiciado por la Escuela de Egresados de la Universidad de Northwestern.

El origen de la conciliación es difícil de definir, lo que es claro es que los países de Latinoamérica importaron y adecuaron a sus sistemas de justicia lo que en Estados Unidos, desde 1976, se propuso con los programas de juzgados multipuertas (Hernandez-Crespo, 2008). El profesor Frank E. A. Sander (1983), a quien se le ha llamado el “padre de los MASC”, menciona al respecto lo siguiente:

La génesis del movimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos es compleja y difícil de precisar y muy poco se ha escrito sobre esto. En mi opinión, un número de fuerzas atrajo el interés de los MASC en el foco. Un factor fue que un número de antropólogos —como por ejemplo Laura Nader— estaban tratando de aplicar un poco de su trabajo sobre solución de controversias antropológica a los problemas urbanos de América. En segundo lugar, el movimiento de los derechos civiles y la guerra de Vietnam tuvieron los dos un impacto. Ellos provocaron la creación de la Oficina de Relaciones Comunitarias del Departamento de Justicia y el establecimiento en Nueva York del Instituto de Conciliación y Resolución de Conflictos (con la sigla en inglés IMCR), un grupo clave en este movimiento, que creció del trabajo de personas como Theodore Kheel, un conocido árbitro laboral y conciliador. Sus miembros querían ver si algunas de las ideas que habían demostrado su eficacia en la resolución de conflictos laborales podrían aplicarse en otras áreas. En tercer lugar, una gran cantidad de trabajo teórico estaba creciendo en lo que yo llamaría las diferentes modalidades de los mecanismos de solución de diferencias. Las personas involucradas en este trabajo estaban mirando las características de los diferentes tipos de mecanismos de solución de diferencias. Mi anterior colega en la Universidad de Harvard, el profesor Lon Fuller, fue sin duda uno de los líderes en esta actividad. Finalmente —y tal vez esto proporciona el ímpetu más urgente— la congestión, los costos, y el retraso en los tribunales impulsó y movilizó jueces, administradores judiciales, y otros a preocuparse acerca de las alternativas a los procedimientos tradicionales basados en los juzgados. Creo que este último factor es de hecho el menos importante. Mi interés se centra

*en la exploración de las características y la promesa de los diferentes tipos de solución de diferencias para ver si podemos desarrollar mejores formas más eficaces de solución de controversias para ciertos tipos de conflictos. Por lo tanto, la idea de que la conciliación va a resolver el problema de la congestión judicial me parece fundamentalmente equivocada.*³ (pp. 3-5)

Como se puede leer en el artículo del profesor Sander, en Estados Unidos el interés por la conciliación tuvo varios factores que confluyeron al tiempo. Uno de ellos fue el que en la Conferencia Pound, el profesor Sander (1976) propuso como solución a la insatisfacción popular en la administración de justicia y su congestión judicial, el crear centros integrales de resolución de conflictos —después llamados juzgados multipuertas—, donde la conciliación sería una de las “puertas”. Posteriormente, el concepto evolucionó y la conciliación no fue una opción en dicho centro, sino una “alternativa” a la administración de justicia. Sin perjuicio de esta motivación, es importante recordar las tres racionalizaciones que se han hecho de los MASC —entre ellos la conciliación—: 1. ser una solución a la congestión judicial, 2. ser un mecanismo de acceso, y 3. explorar la premisa que a determinados conflictos existen métodos adecuados para su solución. El profesor Sander se ubica en la tercera racionalización, y es ésta la más cercana a la disciplina de Resolución de Conflictos. Paralelo a esta forma de entender la conciliación, en Colombia se introdujeron los MASC en 1991 como mecanismos de descongestión de los despachos judiciales, lo cual conecta a la conciliación con el sistema de justicia.

Aunque se pueden rastrear, entre otras, dos dimensiones históricas de comprensión de la conciliación: i. como parte de la disciplina de Resolución de Conflictos y ii. como MASC, en particular una solución a la congestión del sistema de justicia, estas dos tuvieron desarrollos paralelos; lamentablemente, algo muy particular se ha venido generando entre estos dos campos de acción: la exclusión entre ellos. Así lo advirtió Robert A. Raven (1994), quien al referirse sobre el futuro de los programas de MASC anexos a los juzgados, dijo:

En 1976, la ABA copatrocinado la Conferencia Nacional sobre las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia (la “Conferencia Pound”). La Conferencia tenía como objetivo mejorar la administración de justicia a través del desarrollo de alternativas eficaces a la adjudicación tradicional. Quizá la propuesta más creativa y de mayor alcance que surgió de la conferencia fue el “multi-door courthouse”. El principio detrás de la propuesta multi-puertas era que los diferentes tipos de conflictos eran susceptibles a diferentes métodos de resolución. El reto, por lo tanto, era crear un centro integrado de resolución de disputas. En lugar de introducir

3 Ibid

sólo la “puerta” que lleva a la sala del juzgado, a los individuos se les ofrece una variedad de opciones para resolver sus controversias, incluidos la conciliación, el arbitraje, las juntas de revisión de mala praxis, y los servicios del ombudsman. [...] *Inclusión vs. Exclusión. Desde sus inicios, la Sección (de Resolución de Disputas de la ABA) determinó que quería reflejar en su membresía la diversidad de la comunidad de resolución de conflictos. Esta diversidad incluye trabajadores sociales, consejeros, empresarios, educadores y otros. Para dar cabida a los laicos, la Sección creó la categoría Asociados con la esperanza de que este grupo iba a jugar un papel fundamental en las actividades de la Sección. Algunos tribunales y las legislaturas, sin embargo, han comenzado a utilizar los grados educativos de los neutrales como base para regularlas. La Sección debe ayudar a los tribunales y las legislaturas en la elaboración de sus reglamentos con cuidado para que los proveedores eficaces de resolución de conflictos no sean excluidos.*⁴

Así las cosas, aunque en un inicio diferentes factores, movimientos y motivaciones confluyeron para que la conciliación fuera parte del interés de diversos grupos con finalidades compatibles, con el transcurso del tiempo se ha venido presentando un antagonismo que ha cambiado la naturaleza interdisciplinaria de la conciliación por una eminentemente jurídica y excluyente de profesiones diferentes al derecho. Esa conceptualización de la conciliación como un mecanismo alternativo a la justicia ha generado que hoy en día sólo se le comprenda como una forma más de justicia y no como un método de resolución de conflictos. Lo que alertó Raven en 1994, se ha convertido en una cruda realidad en las legislaciones de países en Latinoamérica: se exige que el conciliador sea abogado, como es el caso de Colombia y Argentina.

2. LA CONCILIACIÓN Y LA JUSTICIA

El objetivo de esta segunda parte es hacer aportes a la conceptualización de las diferencias entre la conciliación y la justicia. Para lograr lo anterior, primero se resalta que se ha asumido que la conciliación es justicia cuando dicha relación no ha sido probada o investigada; seguidamente se mencionan dos causas posibles para llegar a acuerdos donde la conciliación se enmarca en la resolución de conflictos; posteriormente, se enuncian los ejes de la conciliación desde la resolución de conflictos y el derecho; y finalmente se analizan cinco diferencias entre la conciliación y la justicia: i. Racionalidad, ii. Poder, toma de decisiones y los recursos, iii. Elementos centrales, iv. Objetivos y v. Práctica profesional.

4 Ibid.

La relación entre la conciliación y la justicia no ha sido siempre pacífica, por ejemplo, Charlie Irvine (2014) menciona que:

La disciplina de la resolución de conflictos tiene su propio problema: la supuesta brecha entre la conciliación y la justicia. “[La conciliación] no contribuye a la justicia sustantiva porque [ésta] obliga a las partes a renunciar a las ideas de los derechos legales durante la conciliación y centrarse, en cambio, en la resolución de los problemas [...] El resultado de la conciliación, por lo tanto, no se trata simplemente del acuerdo, se trata simplemente del acuerdo [...]” A pesar de este ataque (y los defensores de la conciliación han sido igualmente culpables de la retórica) han habido relativamente pocos intentos empíricamente para probar si la conciliación brinda justicia. Esto puede ser en parte debido a otra brecha importante: entre lo que existe y lo que es medible. Muchas investigaciones en conciliación se centran en la satisfacción de la parte o su sustituto, la satisfacción del abogado, junto con la celeridad, las tasas de procesos judiciales y el costo. Todos estos son razonablemente fáciles de medir a través de encuestas o entrevistas. La justicia es un concepto más resbaladizo.⁵

El artículo de Irvine evidencia que la conciliación no ha sido bien recibida por algunos sectores de la justicia, porque para ellos la conciliación limita la finalidad de la misma: la garantía de los derechos. La conciliación para ellos puede tener riesgos en la sociedad porque las personas son invitadas a renunciar a lo que podrían reclamar ante una autoridad judicial. Sin perjuicio de estas críticas, tampoco los seguidores de la conciliación han investigado a profundidad la relación o aporte de la conciliación a la justicia, más allá de afirmar que hace parte de un concepto amplio de justicia administrada por las mismas partes. La relación conciliación-justicia se ha tomado como cierta sin ser probada.

Ahora bien, a la pregunta: ¿qué determina la naturaleza del acuerdo entre las partes en conflicto si son capaces de llegar a una solución? West, Tjosvold y Smith (2003) afirman lo siguiente:

Una negociación se define en el diccionario Webster’s Unabridged como “un acuerdo entre las partes estableciendo lo que cada uno deberá dar y recibir en una transacción entre ellos”. La definición de “negociación” encaja en el concepto de “norma social” de las ciencias sociales. ¿Qué determina el acuerdo o norma social para la solución de las situaciones en conflicto? Dos ideas compatibles han avanzado en la respuesta a esta pregunta, una relacionada con “la prominencia de percepción” y la otra es la “justicia distributiva”. Schelling (1960) ha sugerido que las alternativas prominentes

5 Ibid.

*perceptuales cumplen una función clave en permitir a los negociadores lograr un acuerdo. La investigación ha proporcionado cierto apoyo a la idea de Schelling (ver Magenau y Pruitt, 1978, para un resumen). Homans (1961, 1974) ha sugerido que el principio de la justicia distributiva jugaría un papel en la determinación de cómo la gente decide asignar los premios y los costos para ser distribuidos entre los mismos.*⁶ (p. 21)

Así, los investigadores han identificado que lo que determina que dos partes lleguen a un acuerdo como solución a un conflicto pueden ser: 1. La prominencia de percepción —resolución de conflictos— y 2. La justicia distributiva —sistema de justicia basada en el derecho—. La conciliación se enmarca en la primera, toda vez que es voluntaria y busca cambiar la percepción que el conflicto ha ocasionado a las partes. La conciliación no hace parte de la justicia distributiva porque los acuerdos no son entendidos como la distribución equánime de las cargas, bienes y servicios en una sociedad en el marco de un sistema político.

Otro aspecto a tener en cuenta en el análisis de la relación entre la conciliación y la justicia, es el nuevo paradigma gana-gana que pregona la conciliación *versus* el paradigma ganar-perder que se le asigna a la justicia. Al respecto, José-Pascual Ortuño Muñoz y Javier Hernández García (2007) mencionan que el objetivo de la conciliación es la construcción de nuevas relaciones entre las partes que sean capaces de generar soluciones superadoras, en contraposición con el objetivo de la justicia que es determinar la responsabilidad como consecuencia de un conflicto. Afirman los autores que la conciliación se desarrolla sobre tres ejes:

a) La deslegalización, puesto que la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión; b) la desjudicialización, toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y c) la desjuridificación, ya que el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio. (2007, p. 8)

Sin embargo, el entender a la conciliación dentro de los tres ejes mencionados la introducen dentro del marco conceptual construido por una disciplina en concreto: el derecho. Lo anterior rompe con la naturaleza interdisciplinaria de la conciliación como un método de resolución de conflictos. La conciliación no responde a los ejes del derecho, la conciliación tiene sus propios ejes como principios: la autonomía de la voluntad de las partes o autodeterminación de las mismas, la confidencialidad, la informalidad, la neutralidad e imparcialidad, entre otros.

6 Ibid.

A la conciliación se le ha vinculado con el sistema de justicia desde el inicio de su institucionalización; sin embargo, la conciliación como un método de resolución de conflictos es diferente a la justicia de los juzgados, tribunales y cortes. Una primera diferencia es explicada por Jay Folberg (1983), cuando menciona la racionalidad de la conciliación en comparación con la justicia, de la siguiente manera:

La conciliación ofrece ventajas porque está menos atada a leyes sustantivas o procesales y por los supuestos o normas que dominan el proceso adversarial. La máxima autoridad en la mediación pertenece a las propias partes, quienes pueden diseñar una solución única que funcione para ellas sin preocupación por el precedente existente o por el que se pueden establecer para los demás. Con la ayuda del conciliador, las partes pueden considerar sus necesidades, sus intereses, y cualquier otra cosa que consideren pertinente, independientemente de las reglas probatorias o la ley sustantiva. A diferencia del énfasis del proceso de adjudicación, el énfasis en la conciliación no está en quién está en lo correcto o está equivocado o quién gana y quién pierde, sino más bien en el establecimiento de una resolución viable que mejor se adapte a las necesidades únicas de la familia. La conciliación se desarrolla en privado, de modo que los asuntos privados se pueden discutir libremente sin la preocupación de que la discusión se convierta en un asunto de interés público.⁷ (p. 7)

De acuerdo con lo expuesto por Folberg, la racionalidad en la conciliación se encuentra en las soluciones que las partes acuerdan basadas en sus criterios de resolución de conflictos, al contrario, las decisiones de la justicia se fundamentan en un sistema de normas sustanciales y procesales establecidas por el ordenamiento jurídico. En el primer caso, las fuentes del acuerdo están en lo que las partes consideran adecuado y que están bajo su voluntad; en el segundo caso, las fuentes son la ley, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, en las que los jueces basan sus decisiones, las cuales están por encima de la voluntad de las partes ya que representan la autoridad del Estado, los jueces administran justicia en nombre del Estado. Cuando las partes resuelven un conflicto en una conciliación no buscan hacer justicia, su interés es encontrar una solución a su controversia. En el caso del juez, su labor es hacer justicia, la cual está implícitamente definida en las reglas del derecho que aplica.

Una segunda diferencia entre la conciliación y la justicia, se encuentra en lo expuesto por Aubert (1967) sobre la justicia en términos de poder, toma de decisiones y los recursos disponibles por el juez. Para dicho autor, una vez las partes están en un juzgado, estas deben acatar la decisión que tome el juez y su

7 Ibid.

voluntad se somete a la del operador judicial. El poder del juez sobre las partes incluye la autoridad que tiene el Estado sobre los ciudadanos. ¿Cuáles son las herramientas del juez? Éste cuenta con su propio conocimiento, sus habilidades en el manejo del proceso y la posibilidad de recurrir a la fuerza del Estado. Existe una brecha, sin embargo, entre lo que el juez decide y la posibilidad de realización de sus decisiones. El juez carece de los medios para hacer posible que las situaciones que ha demarcado en sus sentencias permeen la sociedad. Este es un ejemplo que ilustra la manera cómo piensan los jueces en contraste con cómo piensan los servidores públicos de la rama ejecutiva. Los primeros deciden sin contar con los modos para hacer posible el cumplimiento de sus órdenes, y más allá, sus sentencias no consideran si el Estado cuenta con los recursos necesarios para ello; los segundos planifican basados en su capacidad institucional y disponibilidad financiera. El juez solo tiene control sobre las sanciones que establece el ordenamiento jurídico.

Contrario a lo que sucede en la justicia, en la conciliación el poder, la toma de decisiones y los recursos tienen una connotación muy diferente. En la conciliación el poder radica en las partes, son ellas quienes deciden el conciliador, el contenido del conflicto, cuánto tiempo dedican a la conciliación y en últimas, el acuerdo depende de ellas. Cuando las personas están en conflicto, suelen acudir a un tercero con poder para que tome decisiones por ellas, ese es el caso de los jueces. Uno de los propósitos de la conciliación es empoderar a las partes, trabajar con ellas para que así como generaron un conflicto, tienen en sus manos la posibilidad de cooperar y solucionar su controversia. Con el tiempo, en la medida que el Estado se consolidaba, requería que los ciudadanos le delegaran la facultad de hacer justicia y resolver sus conflictos, este proceso hizo que los ciudadanos perdieran su capacidad de autocomposición. Con la conciliación se rescata el poder de las partes guiadas por un tercero que es el conciliador, quien consciente de su poder, constantemente ayuda a las personas a retomar sus habilidades para la gestión de sus conflictos. Por lo anterior, es fundamental para la conciliación que las partes ejerciten su autonomía de la voluntad y controlen los resultados del acuerdo. Los recursos del conciliador son su conocimiento y habilidades en la resolución de conflictos, la realización y cumplimiento de los acuerdos conciliatorios depende de las partes. El impacto de la conciliación está en lograr que las personas modifiquen sus percepciones y generen cambios en sus relaciones y dinámicas de vida que causan los conflictos, para el cumplimiento de un acuerdo no se requiere el poder del Estado, nada se logrará si no se interviene en la cultura de los ciudadanos.

Para presentar la tercera diferencia entre la conciliación y la justicia, en la tabla 1 se hace un paralelo tomando como base los aspectos centrales de la justicia formal, enunciados por Carrie Menkel-Meadow (2014, p. 7).

Tabla 1. Paralelo entre los aspectos centrales de la justicia con la conciliación

| Justicia formal | Conciliación |
|--|--|
| Reglas formales y claras de los procedimientos, conocidos o consentidos por las partes, incluyendo la asignación de las tareas en la recolección de pruebas | Reglas acordadas con las partes y diseñadas a la medida de sus necesidades para la solución del conflicto, no existe etapa probatoria |
| Transparencia / publicidad de la audiencia | La conciliación es confidencial y el conciliador está obligado a informar a las partes sobre sus vínculos con alguna de ellas |
| Neutralidad y desinterés de los que toman las decisiones: jurados y jueces | Neutralidad en relación con el resultado de la conciliación e imparcialidad, entendida como la carencia de favorabilidad por una de las partes |
| Acceso a la información para todas las partes (decir la verdad bajo la gravedad de juramento), con la confidencialidad limitada y otras políticas protectoras | Confidencialidad de la conciliación, las partes comparten la información que consideran les ayudará a tomar decisiones informadas |
| Decisiones basadas en los derechos o las reglas del Estado de Derecho. Con adecuados recursos legales autorizados por funcionarios públicos (jueces) o sus delegados (los jurados), con decisiones públicas y razonables que expliquen los resultados y sus fundamentos jurídicos para clarificar a las partes las normas y la justificación de la decisión, así como la orientación para otros en situaciones similares | El acuerdo conciliatorio se basa en los criterios de resolución de conflictos de las partes que les permitan la colaboración y beneficios mutuos, dicho acuerdo no es motivado, no existen recursos ante otras instancias y no requieren autorización de autoridades estatales |

Agraega Menkel-Meadow (2014), comenta sobre la justicia formal que:

Todos estos elementos definen diversos aspectos del contenido de la concepción estadounidense (y anglo) del debido proceso. Desafortunadamente —para la justicia formal y las partes—, incluso algunos de los más firmes defensores de la necesidad de adjudicación en algunas circunstancias —por ejemplo, cuando son necesarios los “derechos” para hacer “lo correcto”— reconocen que algunas situaciones requieren diferentes elementos de solución de controversias o la toma de decisiones a nivel individual —por ejemplo, la familia o laboral— o a nivel social —la política—. Fuller reconoció que algunas relaciones —familia, laboral, relaciones comerciales con clientes— y algunas cuestiones —controversias policéntricas con muchas intersecciones que afectan situaciones mutuamente— se manejan mejor con otras formas de resolución: la conciliación. [...] Las partes podrían querer

“compartir”—por ejemplo, los niños en el divorcio— o preservar, en lugar de dividir, recursos. [...] Algunas comunidades podrían preferir resolver sus disputas dentro de las propias normas de la comunidad.”⁸ (pp. 8-9)

Esto es precisamente lo que sucede con los conflictos. No todos los conflictos pueden ser resueltos adecuadamente por el sistema de justicia formal. La conciliación puede asumir algunos conflictos sin necesidad de ampliar el concepto de justicia, ni de incluir a la conciliación como una forma de justicia. Por la razón anterior, la conciliación es un método de resolución de conflictos, no una justicia informal.

La cuarta diferencia entre la conciliación y la justicia radica en los objetivos que cada una promueve. La primera fortalece la civilidad social y la segunda busca eliminar la inequidad social. Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger (2012, pp. 2-46), desarrollan este aspecto desde una perspectiva de la conciliación transformativa y la justicia social. Esta última es entendida como:

Un estado de cosas en el que las desigualdades de riqueza, poder, acceso y privilegios —desigualdades que afectan no sólo a las personas, sino a clases enteras de personas— se eliminan o disminuyen en gran medida. La justicia social, en definitiva, significa el logro de la igualdad relativa de las condiciones —no sólo oportunidades— entre todos los grupos o clases dentro de la sociedad⁹.

Para dichos autores, la justicia social puede ser alcanzada mediante los procesos políticos y judiciales, ya que estos tienen el poder de cambiar a profundidad las inequidades sociales.

Al analizar la conciliación, Bush y Folger argumentan que su potencial radica en el fortalecimiento de la civilidad a través de la promoción de los valores de autodeterminación de las partes y el mejoramiento del entendimiento entre las mismas. Con la conciliación, las partes pasan por un proceso de educación cívica donde se trabajan los dos valores antes mencionados. La intervención del conciliador con las partes en conflicto se hace a través de la facilitación del diálogo, que es dirigido más no controlado. En la conciliación, las partes tienen conversaciones sobre la inequidad social —conflictos comunitarios con grupos marginados—, los desequilibrios de poder —conflictos laborales empleadores-empleados—, la falta de equidad en la distribución de los recursos —conflictos sobre vivienda—, derechos —conflictos con comunidad LGBTI— y obligaciones —conflictos de alimentos con menores—. Estos temas que se abordan, son

8 Ibid.

9 Ibid.

orientados por el conciliador con el ánimo de promover en las partes la reflexión y la comunicación. En palabras de Bush y Forlger:

[Las partes] pueden hablar y escuchar acerca de los efectos deshumanizantes y las consecuencias de las estructuras sociales establecidas, y pedir una a la otra responder sobre dichas preocupaciones. Ellas pueden considerar los recursos y el personal que tienen, o no tienen, para cambiar estas estructuras. Todas estas preocupaciones —tanto de justicia social micro y macro— se abordan a través de un proceso que se define de una forma única y fundamentalmente, por un profundo compromiso con el diálogo humano autodeterminado.¹⁰ (2012, p. 46)

En resumen, el potencial de la conciliación está en el fortalecimiento de la civilidad sin poner en riesgo la justicia social. El sistema de justicia hace intervenciones a través de sus decisiones para lograr poco a poco una sociedad más equitativa, y la conciliación busca un objetivo diferente que es la civilidad social a través del procedimiento conciliatorio, en el cual se abre un espacio para el diálogo, que permite una mayor autodeterminación y mejorar el entendimiento mutuo entre las partes. La conciliación trabaja en un nivel micro y la justicia en un nivel macro. Los objetivos de una y otra son complementarios, sin igualar o incluir la conciliación dentro de la justicia.

La quinta diferencia entre la conciliación y la justicia, se basa en lo que tres profesionales de la conciliación en Estados Unidos advirtieron sobre estas dos formas de resolución de conflictos. En una entrevista hecha por José C. Feliciano (1994) a tres abogados: John R. Van Winkle, Kathleen M. Severens y Lemoine D. Pierce, éstos mencionaron:

Pregunta: Desde su perspectiva, ¿es la audiencia de conciliación análoga a una audiencia de un juzgado?

En su respuesta John Van Winkle afirma que son diferentes y que requieren diversas habilidades de los abogados. En la conciliación el abogado debe escuchar atentamente para entender cuál es el conflicto e identificar lo que la parte realmente quiere, para ello debe hacer preguntas abiertas. En el juicio, el abogado no escucha porque tiene una idea de lo que quiere conseguir, se centra en auscultar los hechos, no se exploran los intereses de las partes.

El entrevistado agrega lo siguiente: “me gustaría clarificar un punto. En nuestra Sección de Resolución de Disputas [de la ABA], tenemos que ser conscientes de la tensión entre los abogados y los profesionales de resolución

10 Ibid.

de conflictos que no son abogados. Creo que es importante para los abogados entender que ha habido profesionales en este campo de resolución de conflictos desde hace muchos años, y que es pretencioso que los abogados se despierten una mañana y digan: "Oh, mira lo que hemos encontrado aquí", y asumir que no hay mucho por aprender de parte nuestra sobre los otros profesionales en este campo.

Pregunta: ¿Usted cree que los abogados tienen diferentes funciones, cuando representan a un cliente en un proceso judicial o una conciliación?

Responde Kathleen M. Severens que en la conciliación el enfoque del conflicto es más holístico, se enfoca en los intereses de las partes, se asume que las partes son las mejores personas para resolver su conflicto. Por el contrario, en el proceso judicial el conflicto es reducido al punto de vista jurídico, el juez como tercero le dice a las partes qué hacer. En la justicia el abogado asume la responsabilidad de representar a la parte ante el juez y asume un rol de asesor.

Pregunta: ¿Son los MASC en general y la conciliación en particular, sólo otra manera de ejercer el derecho?

La respuesta la da Lemoine D. Pierce diciendo que la conciliación no es una forma de ejercer el derecho porque una persona no tiene que ser abogado para ser conciliador. La conciliación no tiene nada que ver con los principios que rigen el derecho. Puede ser que los abogados sean los profesionales con mayores aportes a la práctica de la conciliación. Sin embargo, los aspectos sobre los cuales se basan los abogados no son aplicables a la conciliación como: normas, definición de lo conforme o contrario al derecho, la representación del cliente, el ejercicio de la autoridad, la defensa de las personas. Para muchos abogados, los programas de conciliación que conocen son los que están anexos a los juzgados, pero la mayoría de los conciliadores en Estados Unidos no son abogados y eso lo desconocen los profesionales del derecho." (Feliciano, 1994, p. 5)

3. LA PRÁCTICA CONCILIATORIA Y LA PRÁCTICA JUDICIAL

En esta parte, se busca diferenciar la práctica que realizan los profesionales de la conciliación con los de la justicia. Para ello, se elaboran tablas comparativas donde se esquematizan los contrastes desarrollados por tres autores: Torstein Eckhoff, Jordi Giró Paris y Ana Martín. En cada una de las comparaciones, dichos

11 Ibid.

autores encuentran que lo que hacen los conciliadores en la conciliación no se asemeja a la práctica de los jueces en la justicia.

Las diferencias entre la conciliación y la justicia no solo están en sus aspectos teóricos; en la práctica también existen contrastes significativos que hacen de cada una un área distinta en la intervención de los conflictos. Es un error el equiparar o intercambiar la conciliación y la justicia simplemente como formas de justicia no formal e informal. A continuación, se presentarán dos paralelos entre la práctica de la justicia y la conciliación.

La primera diferencia entre las dos, desde un punto de vista práctico, está fundamentado en lo mencionado por Torstein Eckhoff (1966) en su artículo “El conciliador, el juez y el administrador”. La tabla 2 relaciona dichas diferencias.

Tabla 2. Paralelo entre la justicia y la conciliación¹²

| Justicia | Conciliación |
|--|--|
| La actividad del juez está relacionada con la jerarquía de las normas. | La actividad conciliatoria está relacionada con las narrativas de las partes. |
| La tarea del juez es tomar una decisión conforme a derecho. | La tarea del conciliador es ayudar a las partes a generar una narrativa alternativa. |
| El juez debe ver hacia el pasado, especificar los hechos que han tenido lugar y determinar las normas aplicables a los hechos comprobados. | El conciliador debe trabajar preferiblemente el futuro para facilitar la narrativa alternativa. El conciliador ayuda a las partes a analizar qué sucedería si el conflicto continuara. |
| La tarea del juez termina cuando conoce los hechos y las normas de derecho vigentes que se aplican al caso para resolverlo. | La tarea del conciliador termina cuando las partes han logrado un acuerdo y este las acompaña en el cumplimiento del mismo. |
| El juez debe ser independiente, pero solo es imparcial en el sentido de dar las mismas oportunidades a las partes para defenderse, al final del proceso pierde su neutralidad ya que toma una decisión que favorece a la parte que tiene el derecho. | El conciliador debe parecer imparcial. |
| El juez debe hacer énfasis en las normas aplicables al caso, las cuales, a pesar de ser duras, son la ley. | El conciliador debe hacer énfasis en que son más importantes los intereses de las partes por encima de quién tiene la razón. |

12 La información de la columna de la izquierda es tomada de Torstein Eckhoff (1966) y la columna de la derecha está basada en la Escuela Narrativa de la Conciliación de Winslade y Monk (2000, 2008). Elaboración propia.

El segundo contraste está basado en el artículo de Jordi Giró Paris (1998), “La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa”, el cual se resume en la tabla 3.

Tabla 3. Paralelo entre la práctica comunicativa de la justicia con la conciliación¹³

| Justicia formal | Conciliación |
|--|--|
| El conflicto es algo negativo que hay que superar con una acción exterior que resitúe en su “justo” punto el desequilibrio infligido por una de las partes. | El conflicto es el resultado de la colisión de las narrativas de las personas y la conciliación es un método por el cual se ayuda a las partes a construir historias alternativas de respeto, colaboración y legitimidad mutua. |
| El campo de la acción judicial son los conflictos destructivos de la alteridad. | El campo de la conciliación son los conflictos donde las partes pueden alternar. |
| La presentación ante el juzgado es obligatoria, por la fuerza de la ley. | La presentación a la conciliación debe ser voluntaria, donde las personas comparten sus narrativas. |
| La litis es la confrontación de razones y de intereses que al final del proceso obtendrá una sentencia que acabará con la incertidumbre de la discusión. | En las narrativas hay incertidumbres y existe colisión entre los discursos de las partes, éstas se transforman con una narrativa alternativa. |
| La justicia fuerza a la comunicación a través de la imposición de un proceso judicial regulado, que nivela las partes en el uso dialógico del lenguaje, y fuerza la resolución final del litigio situando a cada uno en su lugar “justo”, desde fuera del conflicto. | En la conciliación, la comunicación es voluntaria y el procedimiento es acordado con las partes, el trabajo del conciliador es externo al conflicto, el conciliador busca entrelazar las narrativas de las partes y resignificar sus percepciones. |
| El formalismo judicial es la marca de fuerza donde el juez al dictar sentencia porta la balanza y la espada. | La conciliación es informal y busca generar un espacio de confianza entre las partes donde el conciliador entreteje las narrativas de las partes. |
| La sentencia dicta el derecho, es decir, sitúa a las partes en su justa posición. | Las partes se sitúan en el conflicto y ayudadas por el conciliador, se resitúan en una narrativa alternativa. |
| La sentencia resolutoria dictamina el final del proceso y determina quién es la víctima y quién el agresor. | La narrativa alternativa, vista por algunos como solución del conflicto, será de respeto, colaboración y reconocimiento mutuo entre las partes, las posiciones de las partes se transforman con percepciones diferentes del conflicto. |

13 La información de la columna de la izquierda es tomada de Giró (1998) y la columna de la derecha está basada en la Escuela Narrativa de la Conciliación de Winslade y Monk (2000, 2008). Elaboración propia.

| | |
|---|--|
| El cumplimiento de la sentencia es el ejercicio de la fuerza pública del Estado. | El cumplimiento del acuerdo conciliatorio es responsabilidad de las partes. |
| La sentencia es una forma de superación de la incertidumbre de la discusión, que implican los conflictos internos que sufre la sociedad, a fin de preservar la paz social. | En la conciliación son las partes quienes asignan significados a sus conflictos y quienes entran en negociación de sus metanarrativas dadas por la sociedad. |
| La incertidumbre de la discusión termina gracias a la resolución impuesta desde fuera del conflicto por la autoridad del juez. | Puede ser que el acuerdo genere más incertidumbres porque implica cambios en las narrativas de las partes, eso hace parte del proceso que continuarán las partes. |
| La sociedad es un sistema de distribución de bienes, de cargas y de ventajas entre las diversas personas que la forman, y dentro de ella, la justicia es quien rige la medida de redistribución de los bienes y de las cargas a repartir. | La sociedad crea narrativas y estas pueden crear colisiones entre las personas involucradas, con la conciliación se busca transformar las narrativas de violencia por una alternativa donde los efectos negativos del conflicto son identificados y las partes se comprometen a cambiarlos porque rechazan lo que el conflicto les ha hecho. |

El tercer contraste se abordará basado en las diferencias presentadas por Ana Martín (2012) en su artículo titulado “Mediación y abogacía: dos alternativas para resolver conflictos”, las cuales se resumen en la tabla 4. Si bien la autora presenta el paralelo entre la mediación y la abogacía, para efectos de este artículo se toma la información aplicada a la justicia y la conciliación.

Tabla 4. Paralelo entre el método¹⁴ de la justicia y la conciliación¹⁵

| Justicia | Conciliación |
|---|---|
| La ciencia jurídica abarca, por un lado la investigación del derecho, es decir, la determinación y sistematización del derecho vigente: qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico. Por otro lado, también implica la interpretación y aplicación práctica del derecho, función propia de los abogados y operadores jurídicos. | La resolución de conflictos es la disciplina que tiene como objetivo construir relaciones sociales, institucionales y globales más resilientes; capaz de manejar los conflictos comunes de manera más eficiente y capaz de superar los conflictos graves que podrían destruir estructuras más rígidas. Para lograr este objetivo se analizan los conflictos y se interviene de manera que los conflictos puedan ser prevenidos, manejados y resueltos pacíficamente. |

14 El método es entendido como el “proceso sistemático de ordenación de la actividad con el fin de llevar a cabo una función” (Schwartz & Jacobs, 1979, p. 2) según la citación hecha por Ana Martín (2012, p. 4)

15 La información de la columna de la izquierda es tomada de Ana Martín (2012) y la columna de la derecha está basada en la Escuela Narrativa de la Conciliación de Winslade y Monk (2000, 2008) y en la disciplina de resolución de conflictos (Miall, Ramsbotham, & Woodhouse, 1999; “Who we are | The School for Conflict Analysis and Resolution”, 2012). Elaboración propia.

| | |
|--|--|
| <p>El método jurídico¹⁶ es la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del derecho, para el conocimiento, interpretación y aplicación de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para su enseñanza y difusión.</p> | <p>Uno de los métodos de resolución de conflictos es la conciliación, que es la suma de procedimientos técnicos que facilitan la comunicación entre las partes en conflicto para que estas ayudadas por el conciliador logren un acuerdo de respeto, elaboración y legitimación mutua. La conciliación parte de las teorías de conflictos para aplicar un método por el conciliador, basado en la teoría narrativa que ayudará a las partes a cambiar su narrativa del conflicto por una narrativa alternativa.</p> |
| <p>La metodología jurídica se base en el paradigma positivista, que acepta que exista una realidad única y universal con independencia de quien la observa. Esta metodología se concreta en la dogmática jurídica que se basa en un dogma: la fuerza obligatoria del derecho positivo.</p> | <p>El método narrativo de conciliación se basa en que los conflictos surgen de la colisión de las narrativas de las partes, las cuales son complejas. El conflicto hace parte de la convivencia en sociedad y lo que se busca es cambiar sus efectos negativos. No existen dogmas en la conciliación, se parte de la base que la realidad es interpretada por las partes a través de sus percepciones del conflicto. La conciliación interviene en los significados de las narrativas de las partes.</p> |
| <p>La dogmática jurídica suministra sistemas de soluciones coherentes, completos, precisos y adecuados axiológicamente para subsanar las carencias de los textos creados por el legislador. Mediante su aplicación, los abogados adecúan la formulación del derecho objetivo, neutro y abstracto, a la solución de un conflicto jurídico concreto.</p> | <p>La conciliación se basa en teorías y modelos de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conflictos • Análisis de conflictos • Intervención en conflictos <p>En particular, la conciliación tiene sus propias teorías de conflictos, análisis e intervención basados en la narrativa. El conciliador desarrolla el siguiente ciclo de práctica reflexiva: i. conoce la teoría, ii. se prepara, iii. aplica la teoría y iv. reflexiona sobre lo que hace y está haciendo en su intervención del conflicto.</p> |
| <p>La metodología jurídica, cuenta con el proceso judicial como instrumento formal por medio del cual los órganos judiciales del Estado cumplen su función jurisdiccional y los ciudadanos ejercen el derecho de tutela judicial.</p> | <p>El conciliador cuenta con un método de conciliación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Etapa de inicio: se contextualiza la conciliación y se establecen los acuerdos sobre cómo se desarrollará. 2. Narrativa del conflicto: se desarrolla la narrativa del conflicto de cada una de las partes. 3. Mapeo del conflicto: se identifican los efectos negativos del conflicto. 4. Narrativa alternativa: se construye una narrativa alternativa a la narrativa del conflicto. 5. Contraste de las narrativas: se presentan las narrativas del conflicto y la alternativa, las partes deciden cuál continuar. 6. Acuerdo: se construye un acuerdo que realice la narrativa alternativa. 7. Cierre: se elabora el acta de conciliación. 8. Seguimiento: se contacta a las partes para apoyarlas en su narrativa alternativa. |

| | |
|---|---|
| <p>Existen distintos procedimientos en función de las pretensiones formuladas por las partes, se puede definir como la sucesión de actos regulados por la ley para la obtención de un procedimiento judicial. El proceso judicial se estructura y desarrolla en orden a la determinación de los hechos, la fijación de la norma aplicable y su interpretación para la determinación de las consecuencias jurídicas.</p> | <p>La conciliación narrativa es una de las escuelas de conciliación, también existen la evaluativa o facilitativa (problem solving de Harvard) y la transformativa. Depende del conciliador seleccionado, las partes acordarán con el operador si el tipo de conciliación es lo que buscan para la solución de su conflicto. Las escuelas de conciliación son aplicables en un marco jurídico que permite el desarrollo de la conciliación.</p> |
|---|---|

Otra diferencia fundamental entre la conciliación y la justicia, es la mencionada por Ana Martín (2012, p. 8) sobre la hipótesis. Los abogados en su papel de litigantes formulan una hipótesis para ganar el proceso judicial y con base en ella desarrollan su argumentación jurídica. Por su parte, el juez también formula una hipótesis que es la que sustenta en su decisión a través de una sentencia judicial. Para la toma de decisiones, el juez ha tenido en cuenta los aportes de cada una de las partes procesales. En la conciliación la hipótesis tiene una finalidad diferente: le sirve de guía al conciliador para confirmar su comprensión del conflicto y para ello se vale de herramientas como las preguntas. En el caso de la justicia, el juez valida su hipótesis si su sentencia no es revocada por un superior; en la conciliación, el conciliador valida sus hipótesis con las narrativas de las partes.

4. REFLEXIONES FINALES

En las tres partes anteriores del presente documento se buscó brindar elementos para el análisis de las diferencias entre la conciliación y la justicia. En esta última parte se compartirán siete reflexiones sobre la conveniencia de separar la conciliación de la justicia, desde una perspectiva disciplinar de la resolución de conflictos.

Los *usuarios*: cuando la conciliación se fue conceptualizando y diseñando académicamente, su propósito fue servir como un método para resolver conflictos. En los eventos en que dos o más personas tienen un conflicto, éstas buscan salir de esa situación. Para lograr la superación de los conflictos, se pueden tomar varias vías o alternativas, al optar por la conciliación, el conciliador informa a las partes lo que se puede hacer y lo que no. La conciliación narrativa empodera a las partes para que éstas construyan una historia alternativa, no para que ellas hagan justicia. Los usuarios en las audiencias de conciliación no mencionan en

16 Según cita hecha por Ana Martín (2012, p. 4) de M. Ossorio (1987)

sus narrativas que sus objetivos son administrar justicia, que se haga justicia en sus casos o se garanticen sus derechos supuestamente violados. El que habla de justicia es el conciliador, es él quien coloniza las narrativas de las partes indicándoles que lo que se logrará en la conciliación hace parte de la justicia. Si el interés que tienen las partes en conflicto es encontrar una solución, la conciliación les sirve como método para ello, diferente es lograr “justicia” en los términos jurídicos de la conciliación. Es conveniente separar la conciliación de la justicia para brindar a los ciudadanos lo que ellos buscan: la resolución de sus conflictos.

La política pública: el Estado ha sido uno de los mayores promotores de la conciliación. Al diseñar y desarrollar políticas públicas, los gobiernos asimilan y permean los conceptos convirtiéndolos en instrumentos para lograr los objetivos del Estado. Al tomar el Estado la conciliación como una herramienta para solucionar sus problemas de barreras de acceso a la justicia y congestión de la rama judicial, terminó asumiendo la conciliación como parte de una política pública de servicio al ciudadano, más no para desarrollar el propósito con el que fue creada la conciliación en la disciplina de resolución de conflictos. El Estado puede terminar sacrificando la conciliación cuando sus recursos no alcanzan —ejemplo: limitar la confidencialidad en los casos donde no pueden construir salas de conciliación para sus servidores públicos que concilian—, cuando requiere lograr mayor cobertura —ejemplo: autorizar a los servidores públicos para conciliar sin exigirles formación en conciliación—, cuando quiere masificar la solución de una problemática —ejemplo: convertir en conciliables situaciones de hecho como la declaración de uniones maritales—, cuando no encuentra soluciones adecuadas en su propio sistema de justicia —ejemplo: despenalización de los delitos ya que las cárceles están hacinadas—, cuando prioriza la atención de conflictos que considera relevantes en un determinado sistema y deja a la conciliación otros de menor relevancia —ejemplo: violencia intrafamiliar—. Es conveniente separar los intereses de la conciliación de los intereses de la política pública en materia de justicia, para que los propósitos de esta última no se impongan.

Las instituciones: Así como el Estado puede llegar a instrumentalizar la conciliación para que sirva a sus propósitos, lo mismo puede suceder con las instituciones. Al establecer que un ministerio, una Corte o una entidad pública tengan como función el promover y a la vez controlar el desarrollo de la conciliación, se podría llegar a una intervención indebida en la conciliación por parte de las instituciones. Para la operación e implementación de la conciliación se requieren unos mínimos y éstos se pueden ver seriamente limitados cuando se permite que las instituciones públicas sin ningún tipo de exigencias ofrezcan servicios de conciliación. En el caso colombiano, es ampliamente conocido el bajo nivel de conocimiento técnico de la conciliación por parte de las fiscalías, notarías,

inspecciones de trabajo, comisarías de familia, defensorías de familia, entre otras entidades que cuentan con funcionarios habilitados para conciliar. La conciliación no es un método que pueda aplicar cualquier persona en razón de su cargo y mucho menos entregarse a una institución en virtud de la ley. Los ciudadanos acuden a las instituciones públicas para resolver sus conflictos, al ser atendidos por determinados funcionarios que no cuentan con la preparación debida y que además no tienen compromiso con el ejercicio profesional de la conciliación, el ciudadano se verá sometido a una experiencia que dista mucho de lo que es una verdadera conciliación. Con esto se tergiversa el mensaje que se quiere entregar: generar una cultura de conciliación cuando quien ofrece el servicio no tiene cultura conciliatoria. Es conveniente separar la conciliación de las instituciones y servidores públicos que trabajan en estas. La conciliación debe ser aplicada por quienes se preparan y deciden hacerlo por convicción profesional, no porque hace parte de sus funciones laborales.

La *teoría*: La conciliación como método de resolución de conflictos está basada en teorías de conflictos. La justicia y el derecho no han estudiado el conflicto y por ello no han elaborado modelos y teorías para analizar y resolver los mismos. La justicia tiene unos objetivos que son diferentes de los objetivos de la conciliación. Es inconveniente incluir a la conciliación dentro de la “sombra” de la justicia, porque cada una tiene bases teóricas diferentes y por lo tanto han sido diseñadas con propósitos divergentes, aunque no contrarios y hasta podrían ser complementarios. En la justicia se busca la verdad procesal, en la conciliación se parte del concepto que un conflicto son percepciones y por lo tanto, la verdad es irrelevante. En la justicia se tiene en cuenta lo que puede ser probado, en la conciliación basta con las narrativas de las partes. En la justicia se atiende una necesidad jurídica y se resuelve un problema jurídico, en la conciliación se atiende un conflicto y se busca llegar a comprender las causas del mismo para su solución. En la justicia se aplica un sistema de normas, en la conciliación se trabaja con la comunicación entre las partes. Se podrían seguir anotando las diferencias teóricas entre la conciliación y la justicia, cada una tiene su espacio en la sociedad, pero la teoría de la conciliación no obedece a la teoría de la justicia y por esta razón es conveniente separarlas. Si se continúa conceptualizando la conciliación desde el lente de la justicia, la conciliación no podrá lograr su propósito de resolución de conflictos.

La *práctica*: la aplicación de la conciliación también se ve seriamente comprometida cuando se une al concepto de justicia. Uno de los ejemplos más ilustrativos de esta limitación es establecer la conciliación como un requisito de procedibilidad para acudir a la justicia administrada por un juez. Si bien es cierto, los países que han exigido la conciliación como una condición para aquellos que quieren acudir al sistema de justicia formal, han tenido como intención el promover la cultura del diálogo y autocomposición de los conflictos, el efecto que

se da en el sistema de conciliación es perverso. Al exigirse la conciliación, las partes no valoran que la conciliación puede ser el escenario ideal para trabajar colaborativamente y así superar el conflicto, los ciudadanos lo toman como un trámite burocrático más que se debe agotar. Esta misma idea la tienen muchos abogados litigantes, quienes a toda costa buscan litigar y no conciliar, la ley les impone un interés que éstos no tienen y que en la práctica les resulta lesivo a sus intereses económicos. La conciliación como requisito de procedibilidad hace que ésta se tenga que adaptar para no violar el derecho de acceso a la justicia. Esto se ve reflejado en que se tenga un límite para la suspensión del término de la caducidad de la acción judicial, se prevean consecuencias jurídicas a la inasistencia a la conciliación, se coloquen excepciones como las medidas cautelares —cuando se busca conciliar, las partes no estarían interesadas en insolventarse, en cambio en la justicia podrían buscar eludir la obligación—, se indique en qué eventos son válidas las excusas para no presentarse a la conciliación, entre otros aspectos que atentan contra uno de los principios de la conciliación: la voluntariedad. Es conveniente separar la práctica de la conciliación de la práctica de la justicia, para que la conciliación se pueda aplicar en su contexto natural: la libre voluntad de las partes de dialogar.

La *investigación*: la unión entre la conciliación y la justicia hace que los intereses de investigación sirvan a lo que busca la justicia y no la conciliación. La investigación académica y científica de la conciliación es fundamental para su desarrollo como método de resolución de conflictos. Al ser entendida la conciliación como justicia, se tiende a tener las siguientes preguntas como hipótesis de investigación: ¿En qué medida la conciliación descongestiona los despachos judiciales? ¿Son conciliables los derechos fundamentales? ¿Es efectivo el requisito de procedibilidad? ¿Cuántas actas de conciliación se están realizando en un país? ¿Se están cumpliendo las actas de conciliación? ¿En qué se asemejan y diferencian las leyes de conciliación en los países? ¿Debe tener la conciliación efectos de cosa juzgada? ¿Administrar justicia los conciliadores? ¿Cómo se puede demandar un acta de conciliación? ¿Cómo se prueba la nulidad de una conciliación? ¿Debería conciliar el Estado si caducó la acción judicial? ¿Se puede invitar a conciliar si una de las partes vive en una ciudad diferente? ¿Se debería conciliar con los abogados sin la presencia de las partes?, etc. Si la conciliación es entendida como resolución de conflictos, las preguntas podrían ser: ¿Cuáles son los factores que influyen en las partes para sentirse apreciadas? ¿Qué elementos influyen en las percepciones de las partes? ¿Cómo se puede promover la comunicación entre las partes? ¿De qué manera es más efectivo el manejo de las emociones en las partes? ¿Qué técnicas son más efectivas para el abordaje de los efectos negativos del conflicto? ¿Cómo afectan las variables cultura, género y poder una conciliación? ¿Qué preguntas se deben hacer para motivar los acuerdos en la conciliación? ¿Qué lenguaje es el más adecuado para promover una conversación entre las partes? ¿De qué manera puede facilitar el

conciliador una reunión con múltiples partes? ¿En qué momento es apropiado presentar fórmulas de arreglo por un conciliador?, etc. Es conveniente separar la conciliación de la justicia para promover la investigación en los temas propios de la conciliación.

La *reflexión*: así como la teoría brinda el marco conceptual, la práctica comprueba y refuerza la teoría y la investigación valida la primera en relación con la segunda, asimismo la reflexión nos ayuda a mejorar y replantear la teoría, práctica e investigación de la conciliación. La justicia es una columna fundamental de un Estado de Derecho y tiene su papel en la convivencia de una sociedad. Sin embargo, es importante preguntarse por las razones, conveniencia y coherencia de uno de los mitos de la conciliación: la conciliación hace parte de la justicia no formal y de los mecanismos alternativos a la justicia y como complemento de la misma, pero en última instancia por los particulares. Este documento busca hacer aportes a la reflexión de la conciliación como un método de la disciplina de la resolución de conflictos que rompe con el paradigma de la justicia por medio de la conciliación. La conciliación debería separarse conceptualmente de la justicia y debería tener un desarrollo profesional autónomo, propio y liberal. Así como la sociedad necesita de psicólogos, antropólogos, sociólogos, trabajadores sociales, matemáticos, abogados, etc., también necesita de conciliadores, no entendidos como un apéndice de alguna profesión. La conciliación es un método que aplican las personas que ejercen la profesión de la resolución de conflictos y para ello se requiere que las universidades ofrezcan títulos profesionales en dicha ciencia. Esta reflexión pretende ser provocadora y a la vez propositiva y espera despertar el interés de aquellos que quieran hacer aportes a una mejor conceptualización de la conciliación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alejandra, M. (2013). "Mecanismos alternativos de solución de conflictos en américa latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas". En *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina* (pp. 375-434). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- An editorial. (1957). *Journal of Conflict Resolution*, 1(1), 1-2.
- Approaches to the study of social conflict: introduction by the editors. (1957). *Journal of Conflict Resolution*, 1(2), 105-110.
- Aubert, V. (1967). "Courts and Conflict Resolution". En *The Journal of Conflict Resolution: A Quarterly for Research Related to War and Peace*, 11(1), 40-51.
- Bernal Mesa, B. & Restrepo Serrano, F. (2006). ¿Por qué en colombia se habla de conciliación y no de mediación? En *Arbitraje y Mediación en las Américas* (pp. 127-141). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Bush, R. A. B. & Folger, J. P. (2012). "Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities". En *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 27, 1.
- Eckhoff, T. (1966). "The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution". En *Acta Sociológica*, 10(1/2), 148-172.
- Feliciano, J. C. (1994). "Lawyers, Advocates and Mediation: Three Perspectives". En *Dispute Resolution Magazine*, 1, 4.
- Folberg, J. (1983). "A mediation overview: History and dimensions of practice". En *Mediation Quarterly*, 1983(1), 3-13. Disponible en <http://doi.org/10.1002/crq.39019830103>
- Giró, J. (1998). "Educación social". En *Revista de intervención socioeducativa*, 0(8), 18-28.
- Hernandez-Crespo, M. D. (2008). *A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)* (SSRN Scholarly Paper No. ID 1265221). Rochester, NY: Social Science Research Network. Recuperado a partir de <http://papers.ssrn.com/abstract=1265221>

- Hernández García, J. & Ortuño Muñoz, J.-P. (2007, octubre 4). Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal. Recuperado el 17 de agosto de 2015, a partir de <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/sistemas-alternativos-a-la-resolucion-de-conflictos-adr-la-mediacion-en-las-jurisdicciones-civil-y-penal>
- Irvine, C. (2014, julio). Mind the Gap: Mediation and Justice. Recuperado el 15 de agosto de 2015, a partir de <http://www.mediate.com/articles/IrvineC5.cfm>
- Martín Muñoz, A. (2012). "Mediación y abogacía: dos alternativas para resolver conflictos". En *Revista Testigo de Cargo*, (28), 55-60.
- Menkel-Meadow, C. (2014). "Alternative and Appropriate Dispute Resolution in Context Formal, Informal, and Semiformal Legal Processes". En *The handbook of conflict resolution: theory and practice*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- Miall, H., Ramsbotham, O. & Woodhouse, T. (1999). *Contemporary conflict resolution: the prevention, management and transformation of deadly conflicts*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press; Blackwell.
- Ossorio y Florit, M., & Cabanellas de las Cuevas, G. (1987). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta.
- Raven, R. D. (1994). "Future of Court-Annexed ADR". *The Dispute Resolution Magazine*, 1, 2.
- Sander, F. E. A. (1976). *Varieties of Dispute Processing*. West Publishing Company.
- Sander, F. E. A. (1983). "Family mediation: Problems and prospects". En *Mediation Quarterly*, 1983(2), 3-12. Disponible en <http://doi.org/10.1002/crq.39019830203>
- Schwartz, H., & Jacobs, J. (1979). *Qualitative sociology: a method to the madness*. New York: Free Press.
- West, M. A., Tjosvold, D., & Smith, K. G. (2003). *International handbook of organizational teamwork and cooperative working*. Chichester, West Sussex; Hoboken, NJ: Wiley.
- Who we are | The School for Conflict Analysis and Resolution. (2012, mayo 4). Recuperado el 21 de agosto de 2015 de <http://scar.gmu.edu/who-we-are>

Winslade, J., & Monk, G. (2000). *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution* (1 edition). San Francisco: Jossey-Bass.

Winslade, J., & Monk, G. (2008). *Practicing Narrative Mediation: Loosening the Grip of Conflict* (2 edition). San Francisco: Jossey-Bass.