

La mediación como método preferente de solución de controversias.

Si dejamos de lado la violencia, quizás la forma más intuitiva de resolver pacíficamente un conflicto es a través de la comunicación. De la constatación de este simple fenómeno, y de la mano de la Teoría de Juegos y la de Toma de Decisiones, aparece en el siglo XX el estudio de la negociación como un método de solución de conflictos eficaz, eficiente y de bajo costo, en el cual las partes buscan resolver sus diferencias a través de la comunicación, idealmente integrando sus diversos intereses, con el objeto de lograr un acuerdo, intentando que las relaciones entre las partes mejoren o, a lo menos, no empeoren.

Sin embargo, sabemos que muchas veces no es posible solucionar las diferencias negociando, ya sea por falta de habilidades de los involucrados, por un emocionalismo muy marcado, por desconfianza, desbalances de poder, entre tantas otras causas.

Así, a lo largo de la historia han aparecido otros métodos, que entregan diversos grados de injerencia a un tercero para la solución de diferencias. Entre ellos el primero en preponderancia, a lo menos en nuestro país, es acudir a un juez o árbitro para que decida la contienda, con la capacidad de hacer valer la decisión, incluso recurriendo legítimamente a la coerción estatal en el caso del primero. No obstante su relevancia en Chile, conocemos las desventajas, tanto tangibles como intangibles, de recurrir al sistema judicial; altos costos en dinero; la dilación de las causas; la falta de especialización de los jueces; el que las sentencias abordan los efectos del conflicto más que las causas -que es lo relevante- y, tal vez lo más grave, el casi seguro rompimiento de las relaciones entre las partes, ya que las sentencias dictaminan un ganar/perder.

Ante la realidad descrita aparecen una amplia gama de mecanismos, que han recibido el rotulo de “alternativos” a la vía judicial. Entre otros destacan la conciliación, la mediación y, últimamente, los *dispute boards*. En muchos países estos han dejado de constituir una “alternativa” a la contienda judicial y han pasado a constituirse en vías que tienen la misma, e incluso mayor preponderancia que ésta.

Por su importancia en el mundo y su potencial de crecimiento en nuestro país, es interesante revisar la situación de la mediación. Este mecanismo consiste básicamente en una negociación asistida por un tercero, cuya labor es ayudar a las partes a descubrir sus intereses y a generar un ambiente propicio para la generación de opciones de solución, respetando siempre la autonomía de los interesados, la confidencialidad e imparcialidad del proceso. A diferencia del conciliador, el mediador no propone soluciones, sino que asiste a las partes en su búsqueda.

Las ventajas de la mediación están bien documentadas y países la han adoptado como una vía esencial de acceso a la justicia y de resolución de disputas en diversas materias como familiar, laboral, medioambiental y comercial. No obstante estas positivas experiencias, en Chile queda un largo camino por recorrer en este ámbito.

Si nos detenemos en las posibles causas, aparecen de manifiesto al menos dos. La primera, es la cultura legalista que nos caracteriza, que suele dar demasiado peso a la

ley y a los tribunales de justicia, sometiendo a su decisión una amplia gama de controversias.

La segunda causa está en los bajos niveles de confianza social que muestran los indicadores en nuestro país, con un magro 12% de los chilenos que afirman que “se puede confiar en la mayoría de las personas”, según la Encuesta Mundial de Valores (2010-2014), lo que contrasta con países como Noruega, Suiza, Australia, que superan el 60%. En efecto, los chilenos somos los más desconfiados de la OCDE.

Si no se confía en la otra persona, es poco probable elegir una forma de solución que involucre trabajar con ella, a menos que haya alicientes. Si bien los incentivos intrínsecos de estos métodos tienen relación con las desventajas naturales del sistema judicial ya analizadas, dependiendo del país, es la misma legislación la que muchas veces incorpora la mediación y la conciliación como instancias o fases obligatorias de diversos procesos, acelerando su adopción.

Aunque se podría pensar que el uso de métodos de resolución de conflictos es patrimonio exclusivo de países desarrollados (como en Australia, en que el 85% de los conflictos se solucionan mediando), existen realidades cercanas que vale la pena mirar. Sin ir más lejos, otro país latinoamericano, Colombia, ha logrado poner a la mediación como un mecanismo central para resolver disputas de carácter comercial. Por ello el desarrollo reciente, aunque todavía incipiente, de la mediación comercial en Chile, gracias a la labor del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, es un motivo de optimismo.

Para que el desarrollo de estos mecanismos, especialmente de la mediación, que a la larga potencian la confianza entre actores de las sociedades, comunidades y mercados, se requiere que su impulso deje de ser una “cruzada” de un puñado de organismos sin fines de lucro y universidades, para pasar a ser una convicción de amplios actores sociales, políticos y económicos. La educación, desde temprana edad, de una cultura de diálogo y cooperación es clave. Un ejemplo indicativo son algunos estados de USA que ya a los 10 años, en el colegio, incorporan en su currículum ramos de solución pacífica de conflictos. Qué lejos estamos de eso. Otra gran oportunidad es el aporte que debiera realizar la reforma procesal civil para la adopción de estos mecanismos, especialmente la mediación, que puede ser un impulso relevante para marcar diferencias. Solo queda esperar que un próximo gobierno le entregue la urgencia que merece a esta reforma.

Contar con un ecosistema robusto de solución alternativa de disputas en el país en diversas materias, que ponga la instancia judicial en el tope de una escalera con varios niveles previos, debería ser un proyecto país. Sus beneficios están a la vista. Si Chile quiere ser un país desarrollado debe transformar estos mecanismos de solución, hoy alternativos, en preferentes.

Cristián Saieh Mena; abogado UC; socio Puga Ortiz Abogados y Director Programa Negociación UC y Benjamín Astete; Coordinador Académico, Programa de Negociación UC.