

**EL TRIUNFO DE LA CULTURA DEL LITIGIO
RESPUESTA AL PROYECTO DE LEY QUE PROPONE EL
CARÁCTER FACULTATIVO DE LA CONCILIACIÓN
EXTRAJUDICIAL**

CARLOS CASTILLO RAFAEL¹

A inicios del mes de febrero, el Ejecutivo presentó al Presidente del Congreso de la República el Proyecto de Ley Número 12330, en el que propone la modificación de varios artículos de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación. Dicho proyecto ha recibido la conformidad de la comisión de justicia y derechos humanos que preside el congresista Alcides Chamorro y sólo resta su votación en el pleno.

El proyecto en mención sugiere la modificatoria de los artículos 6°, 25° y 26° de la Ley N° 26872. Además, incorpora el artículo 26° a dicha ley, y, deroga el inciso 7° del artículo 425° del Código Procesal civil tanto como el artículo 9° de la Ley de Conciliación.

Sobre este proyecto de ley se pueden hacer varios comentarios. Por ejemplo, la pertinencia de la propuesta, señalada en el artículo 26°, para que el Ministerio de Justicia, en su deseo de tener una facultad sancionadora sobre los operadores de la conciliación extrajudicial, (conciliadores, capacitadores, centros de conciliación y centros de formación y capacitación de conciliadores), tipifique las infracciones que generen aquellos, mediante un decreto supremo y no a través de una ley. También, se puede discutir la exigencia arbitraria a los actuales Centros de formación y Capacitación de Conciliadores el suscribir convenios con instituciones de educación superior, (y no que lo sean tal como lo plantea el nuevo reglamento a la Ley N° 26872, publicado el último domingo de febrero), para así poder dictar los cursos de capacitación conducente a la acreditación como conciliador extrajudicial. Decimos exigencia arbitraria porque ella no es hecha a la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial (ENCE),

¹ Conciliador Extrajudicial especializado en Familia. Capacitador Principal del Centro de Análisis y resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático Universitario en la Unidad de Posgrado de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Especialista en Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.
E-mail: ccastillor@hotmail.com

que no es otra cosa que el Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores del Ministerio de Justicia.

Pero la cuestión cardinal que plantea este proyecto está referida a la modificatoria del artículo 6º donde expresamente se declara que “La conciliación es facultativa”. Cambio sustancial al sentir original de la Ley de Conciliación, que suscribía más bien el carácter obligatorio de la misma. Obligatoriedad, sin embargo, circunscrita a ciertos lugares del país, y referido únicamente al intento conciliatorio antes de la interposición de las demandas en las materias civiles patrimoniales susceptibles de transacción, en las cuales exista la disponibilidad de derechos de las partes.

Recordemos que la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial se refiere al proceso previo que las partes de un conflicto deberán seguir antes de invocar su derecho ante el órgano jurisdiccional; siempre que la controversia sea de índole jurídica y califique como materia conciliable. De lo que se trata es de analizar los inconvenientes o las razones por las que no sería pertinente declarar el carácter facultativo de la conciliación extrajudicial.

En la exposición de motivos, del proyecto de ley que comentamos, se justifica tal modificatoria por las razones siguientes:

I- Que el CERIAJUS, es decir, la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de justicia, recomienda la abolición de la obligatoriedad debido a que la conciliación extrajudicial aparentemente se *“había convertido en un obstáculo al acceso a la justicia, en tanto era un trámite adicional para el inicio de un proceso judicial”*.

En realidad, se podría afirmar exactamente lo contrario. La Conciliación Extrajudicial a todas luces contribuye con un eficiente sentido de justicia que buscan las mayorías postergadas de nuestro país. Y ello debido a que la Conciliación Extrajudicial es una institución consensual, por el que los acuerdos, o el reconocimiento de que no es posible ningún acuerdo, obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

La conciliación extrajudicial si bien ayuda al Poder Judicial, evitando el cuello de botella procesal y la lentitud en la solución de las controversias de los justiciables, su fin no es únicamente subalterno a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, se equivocan la Fiscal de la Nación y el Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial cuando en sus considerandos le reconocen solamente a la conciliación extrajudicial una función asistencial al órgano jurisdiccional de justicia; función que a su juicio errado incluso no cubriría las expectativas previstas. El error de esta afirmación nace de pensar

que la conciliación tiene sólo un fin procesal dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, olvidándose clamorosamente que la función suprema de la conciliación, aquel en virtud del cual el artículo primero de la Ley 26872 declara de interés nacional, es la CULTURA DE PAZ.

Pero aun cuando la Conciliación no constituye función jurisdiccional, es decir, no administra justicia, ella se realiza siguiendo determinados principios éticos entre los que destaca el de equidad. La Conciliación sitúa y convoca en un horizonte de igualdad a las partes que acuden aun Centro de Conciliación en la búsqueda de una solución consensual a su conflicto. Las partes apelando a un diálogo racional y voluntario, guiados, antes que por la lógica judicial propia del litigio, por principio éticos integradores, establecen, en igualdad de condiciones, lo que es justo para ellos. La Conciliación replantea, pues, nuestra tradicional percepción de lo que es justo, ya no en el simple sentido de evitar abusos y sancionar a los infractores, sino, priorizando la búsqueda del equilibrio entre las partes, sobre la base del respeto de los derechos del otro que sean reconocidos, aceptados y practicados tanto como por la mujer como por el hombre.

En tal sentido, la Conciliación revalora un sentido de justicia poniendo el acento en la equidad, en la voluntad de las partes para ponerse de acuerdo o para, luego de haberlo intentado, reconocer que ese acuerdo no es posible. La Conciliación al proponer la resolución de los conflictos apelando a salidas negociadas tiene la ventaja de alcanzar una visión integral de las situaciones sometidas a su consideración. Cuando las personas involucradas dan a conocer sus intereses y posiciones en juego, se muestran en la complejidad de la problemática que la instancia jurisdiccional por su parte no alcanzaba a apreciar.

El Conciliador no tiene que dictar el derecho sino facilitar el diálogo y salvaguardar la equidad al momento de dirigir la audiencia de conciliación. La justicia es planteada en los términos que lo consideren las partes de acuerdo a la solución que más les convenga a cada uno de ellos. Claro está que el acuerdo conciliatorio no debe en ningún caso contravenir el ordenamiento jurídico. Pero la vaguedad y el vacío legal quedan superados.

II- Que la obligatoriedad se inició como plan piloto desde noviembre del 2000, en las materias civiles patrimoniales, pero sólo en los distritos conciliatorios de Arequipa, Trujillo y el distrito judicial del Cono Norte, estableciéndose a partir del 1 de marzo del 2001 su aplicación a todo el distrito conciliatorio de Lima y Callao. De manera que el plan piloto aun se mantiene bajo la condición de sus buenos resultados evidenciados en ese lapso. Resultados que al parecer no se habrían dado.

Precisamente, el tiempo transcurrido desde la vigencia de la obligatoriedad es corto, por lo que no se puede evaluar la experiencia conciliadora en nuestro medio, cuya institucionalización y desarrollo no ha alcanzado las expectativas cifradas. Responsabilidad que compete al Ministerio de Justicia.

Pero lo más preocupante es que a la ley 26872, que desde noviembre de 1997 regula la Conciliación Extrajudicial, puede llamársela, sin ironía pero con malestar, la ley del conflicto. Desde los prolegómenos de su vigencia, pasando por su escasa implementación, hasta su abierto cuestionamiento en la actualidad, a la Conciliación nunca se la quiso. No expresó el consenso entre la sociedad civil y los operadores del derecho, ni en su nombre el diálogo o la empatía se impusieron. Todo lo contrario, por pretender su institucionalización se crearon innumerables aprietos. La peor parte recayó sobre los miles de ciudadanos acreditados como conciliadores (a la fecha son cerca de 19,000 conciliadores extrajudiciales acreditados), quienes se adhirieron a la noble empresa de forjar la irrenunciable Cultura de Paz y los que, de declararse el carácter facultativo de la conciliación, verían perdidas todas las expectativas depositadas en esta institución ética-jurídica.

Pero al Estado, y a un exiguo sector de la población, por su mayúscula omisión y la complicidad de sus críticas injustificadas, respectivamente, parecieran desinteresarle esta cultura y esta paz. Desinterés más reprochable por cuanto nuestro país está fracturada por los conflictos de diversa índole y la amenaza de esa violencia, refractaria al diálogo y a la racionalidad comunicativa. Alternativas que la institución conciliatoria posibilita y alienta decisivamente su elección.

Si la Conciliación Extrajudicial representa la superación de la rivalidad por la práctica de la concertación. Si favorece una solución más adecuada de las controversias al poner de acuerdo o componer los ánimos de las partes enemistadas. Si obliga a la sociedad civil a una madurez ciudadana, creando espacios de plática donde se clausuran los conflictos en lugar de generar ese cuello de botella procesal en la administración de justicia. Si por su exiguo costo y su carácter descentralista la conciliación logra el acceso de las mayorías postergadas a un eficiente medio alternativo de resolución de litigios. Si el conflicto es transformado en acto jurídico mediante un procedimiento ceñido a ley. Si la conciliación es una práctica heredada por nuestra historia para hacer entrar en juicio a los que, seducidos por la irracionalidad, vuelven más endémica la sociedad por su minusvalía dialogante. Si cuando las partes asisten a la audiencia de conciliación alcanzan acuerdos vinculantes y mutuamente complacientes, porqué, entonces, insisto, a la Conciliación no se la quiere.

III- Que la finalidad de la norma conciliatoria era “fomentar una cultura de paz”, en la medida en que el ciudadano encontraba una solución concertada a su conflicto a través de mecanismos paralelos y complementarios al Poder Judicial, y también porque reduce la carga procesal. Y esto último sobretodo no habría sucedido. Sin embargo, no se habría promocionado una cultura de paz, ni la reducción de la carga procesal en los lugares en que ha venido funcionando la obligatoriedad del intento conciliatorio.

La conciliación persigue tres objetivos: Quiere constituirse en un medio alternativo o adecuado para que la sociedad civil, asumiendo una responsabilidad cívica y ciudadana, resuelva con un espíritu de equidad sus propias controversias. Persigue, asimismo, devolverle eficiencia al congestionada Poder Judicial, desjudicializando conflictos que pueden muy bien resolverse entre las partes por un proceso de negociación asistida y al amparo de la autonomía de la voluntad. Voluntad generadora de acuerdos que, al plasmarse en un acta, origina efectos vinculantes propios de un acto jurídico, teniendo desde ese momento el acta de conciliación valor de título de ejecución. Ya estas dos finalidades merecerían darle a la conciliación como ocurre con el arbitraje, expresamente mencionado en el artículo 63 de la constitución, rango constitucional. Pero, el principal objetivo de la conciliación en virtud del cual amerita declarar el interés nacional en torno a ella es lo que el artículo 2 de Ley de conciliación señala: “La Conciliación propicia una cultura de paz”. Si éste artículo es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1 de la misma Ley, donde se declara “de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la conciliación...”, la conclusión es clara. Nuestra sociedad se adhiere a la invocación de la UNESCO y pone en el centro de su interés nacional la construcción de una cultura de paz. En este caso, vía la institucionalización y el desarrollo de la conciliación extrajudicial.

La Cultura de Paz es el fin institucional de la conciliación debido a que incentiva una actitud ética de los justiciables en su búsqueda dialogada y consensual en la solución de sus controversias. Además, la Constitución de la República cuando reconoce el derecho de las personas no puede dejar de aceptar la importancia de la cultura y de la paz como elementos indispensables de la salud moral y pública de nuestro país.

Hablar de la conciliación en nuestro país es referirse, pues, a una institución ética que tiene una rica historia. Remontándose incluso a los primeros años de la vida republicana. En efecto, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y, por ende, propiciadora de una cultura de paz, la conciliación es una práctica que los peruanos ya conocemos por tradición y, sobretodo, porque en la vida diaria la lógica del consenso y el de la negociación resulta una mejor

vía (menos onerosa, rápida y de fácil acceso) para las mayorías deseosas de ser protagonistas no sólo de sus conflictos, sino también de sus soluciones. Definida como mecanismo alternativo, igual al arbitraje o la mediación, la conciliación es, entonces, un buen complemento de nuestra alicaída e insatisfactoria administración de justicia.

IV- Que las estadísticas de las conciliaciones iniciadas arrojarían el saldo de que dos tercios de las partes invitadas no asisten a la audiencia de conciliación. Por tanto, se dice que no ha promovido de manera eficiente la asistencia de las partes a las audiencias conciliatorias, es mala la percepción sobre la efectividad y eficacia de la conciliación como forma válida de acceso a la justicia, convirtiéndose en traba burocrática

Por una distorsión en la comprensión de sus fines, la conciliación es vista como un mero trámite para acceder al Poder Judicial. Pero ¿cómo se espera que las partes vayan de manera espontánea a la audiencia de conciliación cuando no se ha convencido a las partes y a los abogados, sobretodo, de las bondades de la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos? Si la conciliación dejará de ser obligatoria ello significaría que la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial ya no sería un requisito de admisibilidad de la demanda, tal como lo dispone aun el inciso 7º del artículo 425º del código Procesal civil, de ahí que se la pretenda derogar.

Por considerar a la conciliación como una simple instancia previa a la administración de justicia es que se piensa que la conciliación no abarata los costos de los usuarios del centro de conciliación, más bien los duplica. Insistimos que el incumplimiento de los fines de la conciliación solo sucede cuando, ante la total falta de divulgación y publicidad de la institución conciliatoria y de la mano del insano consejo de algunos abogados, que sólo piensan en sus propios intereses económicos, se produce la inasistencia de las partes a la audiencia de conciliación, frustrándose la posibilidad de que los conflictos de intereses se resuelvan a bajo costo y rápidamente.

De manera que es inexacto el que la conciliación fracase en sus propósitos, lo que en verdad ocurre es que no se la deja desarrollar por diversos factores, entre ellos, la falta de una voluntad decisiva del Estado de cumplir con lo que dispone el artículo primero de la ley de conciliación antes mencionado: "institucionalizar la conciliación extrajudicial".

Si prospera el pedido infundado de despojar a la conciliación de su obligatoriedad, no hay duda que las partes inmersas en un conflicto no tratarán de conciliar, es decir, de concurrir al Centro de Conciliación, deviniendo inútil la institución que la propicia. Ahora mismo que es obligatoria las partes no

asisten al Centro de Conciliación pues desconocen las bondades de la misma, están habituadas al trámite judicial y, sobretodo, confundidas por el interesado consejo de algunos abogados que, en vez de la Cultura de Paz, cautelan un desmedido afán de lucro.

Por otro lado, se ignora que la obligatoriedad de la conciliación es sólo parcial. No lo es a nivel nacional (sólo en Lima provincia, incluyendo el Callao, Arequipa y Trujillo), tampoco lo es sobre todas las materias conciliables (los temas de familia son facultativos) y no obliga a las partes a conciliar, mucho menos a asistir a la audiencia de conciliación, ya sea en calidad de solicitante o invitado. En realidad, sólo obliga a cumplir con el requisito de admisibilidad, si el deseo es invocar la tutela jurisdiccional. Pero esto sólo ocurre cuando no se valora a la Conciliación por sí misma, sino se la juzga como mediación innecesaria antes de recurrir al Poder Judicial en defensa de nuestro derecho. No obstante, la instancia extrajudicial es sumamente valiosa por ella misma porque permite a los justiciables resolver sus controversias, alcanzando acuerdos que tienen los mismos efectos jurídicos que una sentencia judicial.

Se preguntará, entonces, si la obligatoriedad en la práctica se reduce a un mero formalismo ¿Porqué persistir en ella? La razón es sencilla. Dado que la sociedad civil está habituada a la lógica adversarial del sistema judicial se requiere, inicialmente y de manera temporal, exigir a los justiciables a pasar por la conciliación, hasta que, finalmente, ellos mismos, convencidos de las ventajas de conciliar, lo hagan amparados exclusivamente en la autonomía de la voluntad. Además, hay un interés nacional en la conciliación por la paz cívica y ética que ella fundamenta.

Tampoco se ha probado la ineficacia de la conciliación. A lo más, se ha evidenciado, por una alarmante ausencia de publicidad, que los justiciables, como los mismos abogados, juzgan equivocadamente que la conciliación merma sus derechos, cuando es exactamente lo contrario. Por ejemplo, la conciliación amplía el campo laboral de los abogados. Todo centro de conciliación necesita un abogado de planta para entrar en funcionamiento. Los letrados, aunque no es un requisito, firman las solicitudes de conciliación y asesoran a las partes durante la audiencia conciliatoria, con lo que en lugar de casos de largo aliento, multiplican su labor en casos breves pero de mayor número. Además, de no conciliar el abogado será indispensable a las partes ante el órgano jurisdiccional. Y no se olvide que en diversas áreas del derecho, como el penal, los abogados mantienen un protagonismo exclusivo.

El conciliador, pues, no es una amenaza, como se ha querido sugerir, del abogado litigante. Este pareciera ser el motivo oculto por el cual algunas voces piden también que los conciliadores sean abogados. Los conflictos que ahogan

nuestra sociedad tienen múltiples aristas, las que no se pueden reducir únicamente a un enfoque jurídico. Lo sensato es una interdisciplinariedad en el análisis de controversias entre partes. Hecho garantizado por la diversa procedencia profesional de los conciliadores.

En resumen, a la conciliación no hay que juzgarla solamente por la 'utilidad que presta a la función jurisdiccional'. Esta utilidad es clarísima por el descongestionamiento del Poder Judicial, al desjudicializar los conflictos. Sin embargo, el valor de la conciliación reside en ser una propedéutica para la paz. No hay Cultura de Paz sin justicia ni respeto al ordenamiento jurídico o a los derechos humanos. En la conciliación la justicia es entendida esencialmente como la equidad que le devuelve a los actores de un conflicto su derecho a ser protagonistas también de la solución del mismo. Esta justicia eleva la calidad de los justiciables cuando los invita a un reconocimiento mutuo de lo que les corresponde a cada uno. No se trata de un simple regateo entre las partes, ni de alcanzar acuerdos arbitrarios de espaldas al derecho o al orden público. Las partes negocian sobre sus derechos disponibles renunciando, no a la justicia que los asiste, pero sí a la intransigencia y a la falta del reconocimiento del derecho del otro.

Con la conciliación el otro deja de ser alguien que disputa nuestra justicia, convirtiéndose en un aliado de su búsqueda. Por estas consideraciones la Conciliación Extrajudicial debería tener rango constitucional. Su mejor defensa es que hace de la paz una práctica constante. Una tarea de todos.

En definitiva, sostenemos que es *un grave error declarar que la conciliación extrajudicial sea facultativa*. Contrariamente, debiera ampliarse la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial a otros distritos conciliatorios y a otras materias conciliables, tal como lo dispone el artículo primero de la Ley 27398. En ello se juega la posibilidad de arraigar prácticas dialógicas en una ciudadanía que, como la nuestra, urge alcanzar, gestionando sus conflictos, una auténtica mayoría de edad.