

EL JUEZ CONCILIADOR

HUGO PEREIRA ANABALON
Universidad de Chile

I. Resurgimiento de la conciliación en Chile

La consistente exposición histórica del catedrático Antonio Dougnac indica que un extenso lapso de silenciamiento se produjo en nuestra legislación para la antigua institución de la conciliación como método para componer o arreglar los conflictos jurídicos entre partes.

En efecto, ella se ausenta de nuestro ordenamiento legal al abolirse en materia comercial por la ley de 29 de septiembre de 1855 (art. 12) y reaparece en el presente siglo con el Código del Trabajo que aprobó el decreto con fuerza de ley N° 178, de 28 de mayo de 1931.

Regula este código un proceso laboral de conocimiento que se desarrolla ante una judicatura especializada estructurado sobre la base de 108 principios que informan la oralidad, es decir, que junto con la comunicación entre los sujetos del proceso mediante la palabra hablada, regían los de publicidad, concentración, inmediatez, prueba racional, simplificación del rito, economía, restricciones a la promoción de incidencias, reducción de los recursos procesales -aunque fortaleciendo la apelación- y acentuación de los poderes del juez en la dirección del proceso. En suma, un proceso limpio y transparente que traza las directivas del futuro proceso civil en nuestra patria.

Recogía este diseño la institución de la conciliación con la denominación de "avenimiento", a la cual se llamaba en la audiencia que concentraba el debate, en forma necesaria, luego de la contestación verbal de la demanda, mero llamamiento pues el juez carecía de intervención en su desarrollo. Producido avenimiento total o parcial, se levantaba acta firmada por el juez y las partes a la cual la ley atribuía autoridad de cosa juzgada. Si era total, ponía término a la causa, si parcial, continuaba el juicio en la parte no conciliada (art. 444 y 447).

Este llamamiento intraprocesal al avenimiento podía ser precedido por otro, extraprocesal, de carácter administrativo, a cargo a ciertos funcionarios y otras entidades dependientes de la Dirección General del Trabajo, facultadas para citar a empleados y trabajadores con el objeto de procurar avenimiento respecto de cuestiones surgidas entre ellos, derivadas de contratos o de disposiciones legales o reglamentarias. Todo ello, acorde con el art. 37 del decreto con fuerza de ley N° 308, de 1° de abril de 1960.

Con todo, el acta extendida conforme a este texto, aún representativa de avenimiento, sólo tenía valor probatorio relativamente a las declaraciones de voluntad allí consignadas y carecía de autoridad de cosa juzgada o de mérito ejecutivo.

El sistema procesal civil nacional no manifestó otra inquietud por el restablecimiento de la conciliación sino hasta la dictación de la Ley N° 7.760, de 5 de febrero de 1944, que introdujo en el Libro II del Código de Procedimiento Civil el Título II que lleva por epígrafe "De la conciliación" (arts. 262 y ss.).

Acorde con estas disposiciones, en todo juicio civil -exceptuados algunos especiales - el juez podía llamar a las partes a conciliación en cualquier estado de la causa y proponerles bases de arreglo. Obraba como amigable componedor y se le asignaba una función activa para tratar de obtener un avenimiento total o parcial del litigio, sin producirle inhabilidad para seguir conociendo del pleito las opiniones que emitiera.

Esta actividad conciliadora se realizaba en una o más audiencias orales, de las que se levantaba acta que solamente contenía las especificaciones del arreglo, si éste se producía total o parcialmente. Dicha acta suscrita por el juez y las partes que lo desearan y el actuario, se estimaba como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales. Rechazada la conciliación o no verificadas las audiencias, la causa seguía su curso legal.

La Ley N° 7.760 previno, además, que en los juicios de mínima cuantía, con estructura oral, se llamara por el juez a avenimiento a las partes después de oír al demandado. Si producido avenimiento, se levantaba acta con autoridad de cosa juzgada. Caso contrario, el tribunal se limitaba a dejar constancia de este hecho. Este avenimiento no era voluntario sino necesario (art. 711 del citado código).

La finalidad pacificadora que informó esta iniciativa legislativa no se obtuvo en forma alguna lo que originó su reforma por la Ley N° 19.334, de 7 de octubre de 1994, texto que modificó las normas sobre conciliación contenidas en los arts. 262 y ss. del Código de Procedimiento Civil, en la forma siguiente: a) Hizo procedente la conciliación en todo juicio civil en que sea admisible el contrato de transacción, salvo casos especiales; b) El llamamiento facultativo de la Ley 7.760 pasó a ser imperativo, luego de concluido el período de debate sobre el fondo; c) Dicho llamamiento fue constituido en trámite esencial para los efectos de la interposición del recurso de casación en la forma contra sentencias de única o de primera instancia pronunciadas en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales. Sin perjuicio de estas modificaciones, introdujo esta ley otros cambios en los arts. 698 y 789 del código, armónicos con su objetivo básico de vigorizar la institución.

El rol activo del juez previsto en la Ley N° 7.760 se mantiene: puede, por tanto, obrar como amigable componedor y proponer bases de arreglo.

Durante la vigencia de la Ley referida y hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.334, hubo en nuestro país otras iniciativas legales que incorporan la conciliación en ciertos procesos especiales.

En efecto, la Ley N° 18.101, de 29 de enero de 1982, fijó normas sobre arrendamiento de predios urbanos y sobre juicios especiales de ese contrato, fijando para su ritualidad la propia del procedimiento sumario (Título XI del Libro III) con algunas modificaciones, entre ellas el necesario llamamiento a conciliación; y la Ley N° 18.287, de 7 de febrero de 1984, al establecer el procedimiento ante los Jueces de Policía Local, previno en el proceso ordinario, de carácter oral, una audiencia o comparendo en el cual luego de oír a las partes, el tribunal llama necesariamente a conciliación en lo tocante a las acciones civiles deducidas.

Es importante, además, recordar que en ese período entra a regir el nuevo Código del Trabajo, aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 24 de enero de 1994. Este texto regula en su Libro V la jurisdicción laboral y en el capítulo II el procedimiento, cuyo párrafo 2° se refiere al rito de aplicación general que contempla una audiencia de contestación de la demanda y de conciliación necesaria con participación activa del juez que propone bases de arreglo. Si hay avenimiento se levantará la correspondiente acta con eficacia de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales. Ello, en virtud de la remisión al art. 267 del Código de Procedimiento Civil (arts. 442 y 444 del Código del Trabajo).

II. *El derecho comparado*

Es conveniente examinar el derecho comparado -en el lapso que antes indicamos- en tema de conciliación.

El Código Procesal Civil de Alemania de 1877, en su texto vigente desde el 1° de enero de 1934, al regular el procedimiento en los juzgados de primera instancia, establece que antes de presentarse la demanda deberá intentarse la conciliación -salvo excepciones-, de lo cual se desprende que el procedimiento conciliatorio no integra el procedimiento del pleito; es preprocesal, ante el juez e independiente.

Su finalidad es, obviamente, obtener un avenimiento o arreglo, para lo cual *el tribunal examinará el asunto conjuntamente con las partes*, apreciando libremente todas las circunstancias del mismo. Puede tratar de esclarecer los hechos decretando pruebas, como inspección personal, peritaje y testimonios. Si las partes no llegaren a un acuerdo, a petición de cualquiera de ellas se pasará de inmediato a discutir el negocio en el procedimiento contencioso; si esto no fuera posible, se señalará seguidamente un nuevo término para el mismo. En la fase contenciosa valdrá como demanda la solicitud de conciliación; pero las variaciones y adiciones que el peticionario hubiere hecho en los debates de la conciliación se tendrán en cuenta en el nuevo procedimiento.

El diseño descrito fue modificado por ley de 12 de septiembre de 1950 al suprimirse la conciliación previa.

Con todo, puede el tribunal intentar en cualquier momento posterior el arreglo de la litis o puntos concretos de la misma, e igualmente encomendar a un magistrado delegado suyo o requerir por exhorto a un juez para que actúe con las partes a fin de obtener una amigable composición, pudiendo disponer para este efecto su comparencia personal (art. 296).

El Código de Procedimiento Civil de Italia de 1940 previene en la regulación del proceso de conocimiento (Libro II) que "si la naturaleza de la causa lo consiente, el juez instructor, en la primera audiencia, debe tratar de conciliar a las partes, disponiendo si es necesario su comparencia personal. El intento de conciliación puede ser reconovado en cualquier momento de la instrucción. Es claro que la frase inicial del precepto alude a procesos en que las partes debaten sobre derechos disponibles.

Añade el precepto que "cuando las partes logran conciliarse, se extiende acta de la convención concluida. Dicha acta constituye título ejecutivo".

Un código de limitada aplicación, aunque de gran prestigio por su acabado tecnicismo, el Código del Estado de la Ciudad del Vaticano, de 1946, contempla una tentativa voluntaria de conciliación para componer controversias no sometidas a

juicio pendiente que se inicia por requerimiento escrito de alguno de los interesados dirigidos al juez. La conciliación puede tener lugar sólo cuando las partes tengan capacidad de disposición de los bienes sobre que recae la controversia y no se trate de materias en que esté prohibida la transacción. Si se logra avenimiento, se levanta acta que firmada por los intervinientes tiene valor de transacción y fuerza ejecutiva.

En la República Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1967, no reguló un procedimiento conciliatorio, sino que dispuso simplemente que "los acuerdos conciliatorios celebrados por las partes ante el juez y homologados por éste, tendrán autoridad de cosa juzgada. Se procederá a su cumplimiento en la forma establecida para el trámite de ejecución de sentencia" (art. 309) y el Código de Procedimiento Civil de Colombia de 1970 previene para el proceso verbal exhortación del juez a las partes para que procuren un arreglo pacífico de sus diferencias y podrá proponer las fórmulas de avenimiento que estime equitativas. Si las partes llegan a un acuerdo se levantará el acta respectiva con autoridad de cosa juzgada. Dichas exhortación y proposición se verifican en la audiencia que fija el juez luego de vencido el traslado que recae en la demanda, la que tiene por objeto, además, si fracasa la conciliación, oír la defensa del demandado, agregar los documentos que acompañen las partes y cumplir otros fines de instrucción que no es del caso detallar (art. 445).

A su turno, el Código de Proceso Civil del Brasil, del año 1973, contempla la institución para la composición de litigios que versen sobre derechos patrimoniales de derecho privado, caso en que el juez, de oficio, ordenará la comparecencia de las partes al comienzo de la audiencia de instrucción y juzgamiento. En las causas relativas a la familia hay lugar también a la conciliación en los casos y para los fines en que la ley admita la transacción.

Sin perjuicio de lo expuesto y antes de iniciar la instrucción, el juez intentará conciliar a las partes.

Como en los ordenamientos anteriormente descritos, el acta respectiva debidamente firmada por los otorgantes será homologada por el juez y tendrá el valor de sentencia (arts. 447, 448 y 449).

El Código de Procedimiento Civil de Bolivia de 1976 hace procedente la conciliación en los procesos civiles siempre que no fuere parte el Estado, las municipalidades, los establecimientos de beneficencia, las entidades de orden público ni los incapaces de contratar, pudiendo realizarse como diligencia previa o durante el proceso, a instancias del juez.

Si como diligencia previa antes de la interposición de la demanda, la parte interesada acudirá al juez competente: a) Expresando sus razones o pretensiones y pidiendo la citación del demandado para conciliar diferencias; b) El juez ordenará la comparecencia del demandado fijando día y hora para la audiencia; c) El juez exhortará a las partes tratando de obtener conciliación total o parcial de sus diferencias; d) Si las partes llegaran a un acuerdo total, suscribirán conjuntamente con el juez el acta de conciliación, la cual tendrá el valor de cosa juzgada. Su cumplimiento podrá exigirse en proceso de ejecución.

Si como actuación durante el proceso, el juez podrá llamar a las partes a conciliación hasta antes de la sentencia, cumpliendo al efecto con los tramites determinados precedentemente (arts. 180, 181 y 182).

Contempla también este código la transacción extrajudicial como medio de terminar todo litigio, con remisión a las disposiciones del Código Civil; pero admite

además una transacción judicial que homologará el juez si se cumplen las exigencias legales para su validez (arts. 314 y 315).

Por fin, el Código de Procedimiento Civil de Perú de 1993, contempla en su Título XI, arts. 323 al 329, conciliación como forma especial de conclusión del proceso, en cualquier estado de éste, siempre que no se haya dictado sentencia de segunda instancia. La conciliación puede ocurrir ante el juez en la audiencia respectiva, o en la que éste convoque de oficio o a solicitud de parte, sin que sea recusable por las opiniones ("manifestaciones") que pudiera formular en ella.

La conciliación surte del mismo efecto que la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Copia del acta respectiva inserta en el Libro de Conciliaciones, certificada por el juez y expedida por las partes interesadas es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda".

No nos referiremos, por ahora, al Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay del año 1989 en la formulación que desarrolla en el tema que nos preocupa, porque nos parece oportuno hacerlo luego de exponer los planteamientos de la doctrina procesal.

Es necesario hacer algunas precisiones en relación con la regulación positiva en Chile y en el derecho comparado de la institución en el lapso 1931 - 1994.

1° La conciliación se presenta como una secuencia de actos de las partes y del juez que tienen por finalidad obtener un acuerdo de aquellas que ponen término total o parcialmente a diferencias o conflictos jurídicos surgidos entre ellas: es, por tanto, un procedimiento judicial. Este procedimiento puede insertarse dentro de un proceso jurisdiccional ("intraprocesal") o antes de constituirse el proceso ("preprocesal" o "extraprocesal") y en uno y otro caso ante el juez con caracteres propios y autonomía. Excepcionalmente, la conciliación extraprocesal puede estar a cargo de un funcionario administrativo;

2° El acuerdo total o parcial que se produzca producto de la voluntad de las partes es el "avenimiento";

3° El juez tiene una función activa para exhortar a las partes a obtener el acuerdo, persuadirlas de su conveniencia y aun proponerle bases para lograr el avenimiento;

4° Las proposiciones del juez y las opiniones que emita no lo inhabilitan para substanciar y sentenciar el proceso en que se inserta la conciliación;

5° El llamamiento del juez a las partes para concurrir a la conciliación puede ser necesario o facultativo. Si necesario, en determinado momento del desenvolvimiento del proceso, antes del debate o luego de concluido el periodo de discusión; si facultativo, en cualquier momento de su desarrollo;

6° El avenimiento sólo puede tener por objeto derechos que sean disponibles por las partes;

7° El acta representativa del avenimiento de las partes firmada por éstas, el juez y el secretario del tribunal tiene autoridad de cosa juzgada, si bien algunos ordenamientos sólo le atribuyen valor de sentencia, sin más, o simplemente mérito ejecutivo.

Es curioso, en la normativa chilena no está prevista como exigencia necesaria la firma de las partes, no obstante que la voluntad de éstas es, básicamente, la generadora del avenimiento, y

8° Ninguno de los ordenamientos jurídicos examinados previene medios de impugnación del acta o la preclusión de ellos.

III. La doctrina procesal

En sus "Instituciones"¹ Chiovenda toma partido en forma definida en orden a que la llamada "jurisdicción voluntaria" no es actividad jurisdiccional en absoluto: "se llamó con este nombre en la doctrina y en la práctica del proceso italiano de la Edad Media a aquel complejo de actos que los órganos de la jurisdicción realizan frente a un solo interesado o en virtud del acuerdo de varios, *in volentes*" resultando su nombre de la función habitual del órgano jurisdiccional, lo que no quita que tales actos sean de *simple administración*, pero que se diferencian de la generalidad de los actos administrativos por ciertas características particulares.

Apunta seguidamente el maestro italiano -siguiendo en el tema al jurista alemán Adolf Wach- que le parece exacto que el carácter diferencial de la jurisdicción voluntaria es su fin *constitutivo* porque tiende siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos o contribuyen al desenvolvimiento de relaciones existentes. No hay, en la jurisdicción voluntaria dos partes, ni un bien garantizado contra otro, sino "un estado jurídico que sin la intervención del Estado no podrá *nacer* o *desarrollarse*, o se desarrollaría imperfectamente".

Una de las categorías que ese jurista comprende en la jurisdicción voluntaria -que Chiovenda comparte- es la *conciliación*, actividad que el Estado ejercita para prevenir los litigios y que se ha reservado para sí atendida su importancia "porque tanto mayor será la probabilidad de que la conciliación se logre cuando mayor sea la autoridad de la persona que la intenta".

El pensamiento de Carnelutti en este tema es más difundido. Distingue entre la composición del litigio que efectúan las partes, o *autocomposición*, de la que lleva a cabo el juez, o *heterocomposición*². En la autocomposición comprende la *renuncia* y el *reconocimiento* que tienen naturaleza unilateral, la transacción que es un *contrato* de carácter bilateral y la *conciliación*. Para explicar la existencia de ésta apunta que ni en el campo sociológico ni en el jurídico hay igualdad, sino sólo equivalencia entre la solución contractual y la judicial del litigio, siendo ésta bastante más cara que aquella en el sentido no solamente del costo sino de las energías necesarias para su desenvolvimiento. De ahí la conveniencia de promover una *composición contractual justa*, con la cual se obtiene, a la vez, el menor costo de la solución contractual y el mayor rendimiento de la composición justa.

La conciliación se traduce en la intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto con el objeto de inducirles a la composición contractual, con lo cual tiene la estructura de la *mediación* sin confundirse con aquella desde que esta persigue una composición contractual cualquiera sin preocuparse de su justicia, en tanto que la conciliación como se dijo, aspira a la composición justa.

La conciliación está encargada a un órgano del Estado que, como sea comprobado, generalmente es el juez, hecho que confirma que la composición con ella obtenida tiene el rasgo peculiar de la justicia, lo cual la separa de la simple composición contractual y la aproxima a la judicial.

De otra parte, si mediante la conciliación se obtiene el mismo resultado positivo que se logra con la sentencia judicial, es un *equivalente jurisdiccional*,

¹ "Instituciones de Derecho Procesal Civil", volumen II, Madrid, 1954, N° 141." La llamada jurisdicción voluntaria. La conciliación". pp. 17 y ss., en especial pp. 27 y 28.

² "Sistema", tomo I, Buenos Aires, 1944, N° 59, pp. 202 y ss.

vocablos que por sí solos indican que con ella no se pone en ejercicio la jurisdicción, pero se obtiene la misma finalidad que ésta.

Niceto Alcalá-Zamora,³ en cambio, luego de reconocer la paternidad de Carnelutti en la elaboración de los conceptos de "Autocomposición" y "equivalentes jurisdiccionales", admite que en el primero sólo se comprenden el desistimiento, el allanamiento y la transacción y, como asimismo que aquella "más debe contemplarse como *excluyente* que no como *equivalente* del proceso jurisdiccional, aunque sirva para conseguir su misma finalidad, que también puede ser alcanzada en ocasiones mediante la autodefensa". Y relativamente a la conciliación, expresa que o desemboca en fracaso sin poder reputarse "equivalente jurisdiccional" o conduce a un avenimiento y entonces se reducirá a cualquiera de las mencionadas formas de autocomposición.

Calamandrei⁴ considera la conciliación como un caso particularmente interesante de jurisdicción voluntaria que se encuentra estrechamente coordinado con el ejercicio de la verdadera jurisdicción. Y lo es porque al interponerse el juez con carácter de pacificador entre las partes y tratar de componer la controversia entre ellas, surgidas o por surgir, no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula, produciéndose un caso de administración pública del derecho privado ejercida por los jueces.

Conviene, asimismo, en que el favor con que las leyes sobre controversias laborales miran la función conciliadora no debe ser interpretada como indicio de escasa confianza en la justicia ni como desvalorización de la lucha por el derecho. Por el contrario, en el ordenamiento italiano la conciliación quiere ser un complemento útil de la legalidad porque aparece aquí "el concepto fundamental del sistema de la legalidad según el cual el Estado considera como normal y deseable que los mismos ciudadanos sepan entender por sí solos el derecho que regula sus relaciones; la función conciliadora debe, pues, ayudar a los particulares, no a prescindir del derecho, sino a encontrar por sí solos el propio derecho".

El jurista uruguayo Eduardo Couture en un estudio titulado "Conciliación y transacción"⁵ estima que "la conciliación es tanto acto procesal que consiste en intentar ante un juez de paz un acuerdo amigable, como el avenimiento que puede ser el resultado de ese acuerdo" y que la conciliación, como sinónimo de avenimiento, puede lograrse merced a esas tres formas de autocomposición que son el desistimiento, la transacción y el allanamiento.

No es dudoso que el eminente catedrático le atribuye gran trascendencia dogmática y práctica a la institución a juzgar por el extenso tratamiento que le destina en su Proyecto de Código de Procedimiento Civil para el Uruguay⁶. Sin perjuicio de ello, contempla la transacción como modo anormal de conclusión del proceso (arts. 83 al 91 y arts. 598 al 601).

En España, Vicente Herce Quemada⁷ publicó un artículo sobre "La conciliación como medio de evitar el proceso civil" en el que adhiere a la posición de Chiovenda

³ "Proceso, autocomposición y autodefensa", México, tercera edición, 1991, N° 43, pp. 71 y ss.

⁴ "Instituciones de Derecho Procesal Civil", volumen I, Buenos Aires. 1962, N° 24, pp. 196 y ss.

⁵ "Estudios de Derecho Procesal Civil" tomo I. Buenos Aires. 1948, pp. 225 y ss.

⁶ Publicado en Buenos Aires en 1945 por Editorial Depalma.

⁷ Revista de Derecho Procesal. Madrid. Primera época, enero-marzo de 1968. pp. 51 y ss.

y Calamandrei en orden a que la institución no es un verdadero proceso, sino un procedimiento judicial, pero con función no jurisdiccional. En ella faltan los dos actos fundamentales del proceso declarativo: la demanda y la sentencia. El escrito inicial no es una demanda, sino una *solicitud* en que no se pide al juez tutela jurídica, sino su intervención para que intervenga como mediador a fin de llegar a un acuerdo pacífico con el adversario.

Admite que no se han logrado las expectativas que se habían depositado en la institución y recuerda al efecto la conocida frase de que "la historia de la conciliación es la historia de una gran ilusión desvanecida". Con todo, se inclina por mantener la conciliación preprocesal o intraprocésal sobre las bases que indica y concluye afirmando que "la conciliación no tendrá éxito, no logrará el loable fin que persigue, mientras no se lleve al convencimiento de los particulares que es preferible la *paz pactada*, lograda por medio de la conciliación, que la *paz coactiva*, impuesta por la vía del proceso".

Por su parte el profesor español Juan Montero Aroca en su artículo "Las conciliaciones en el proceso laboral"⁸ incorpora a la conciliación dentro de la autocomposición pero la separa de la mediación no solamente por la aserción de Carnelutti de que ésta persigue una composición contractual cualquiera y aquella una composición justa, sino también, siguiendo a Werner Goldschmidt, porque el conciliador solamente aproxima a las partes sin proponer soluciones concretas al conflicto y el mediador, en cambio, formula proposiciones de arreglo que las partes pueden o no aceptar.

En orden a su naturaleza jurídica, conviene también que se encuadra en el campo de la jurisdicción voluntaria y, en cuanto a su eficacia, considera que ella es consistente como medio de solucionar los conflictos individuales del trabajo, pues alcanza resultados positivos en más de la tercera parte de los casos, experiencia que debe ser tenida en cuenta al legislador sobre la conciliación civil.

Por fin estima que debe prohibirse al magistrado la proposición de soluciones concretas de los conflictos, es decir, que se convierta en mediador.

El catedrático Enrique Véscovi publicó en la Revista uruguaya de Derecho Procesal⁹ un trabajo informativo que redactó luego de su participación en un Coloquio verificado en Pau, Francia, en julio de 1981, convocado por la Asociación Internacional de ciencias jurídicas sobre el tema "El arreglo de los conflictos fuera de los tribunales", que lleva un título significativo "La justicia conciliatoria". Y es significativo porque no presenta el tema como una cuestión de mero procedimiento preprocesal o intraprocésal en los juicios que se desarrollan ante los jueces ordinarios, sino como una forma de justicia de índole diferente de la ordinaria, con perfiles propios.

Luego de pasar revista al tema en el Derecho Comparado exponiendo sobre los caracteres del sistema de conciliación en Africa, Asia (Japón y China), en el régimen del Common Law, en el derecho escandinavo, en el derecho francés, en Italia, Alemania, España y algunos países latinoamericanos, hace un paralelo entre la justicia tradicional y la justicia conciliatoria manifestando que no se trata de substituir una por la otra, sino de dos formas que coexisten, en la que la justicia jurisdiccional aparece como una *ultima ratio* si fracasa la anterior, para evitar un enfrentamiento ante el juez.

⁸ Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Madrid, año 1973, N° 2-3, pp. 495 y ss.

⁹ Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, N° 2, 1982, pp. 161 y ss.

En su capítulo sobre conclusiones, sostiene: a) La justicia conciliatoria es una nueva forma de Justicia alternativa, de gran importancia frente a realidades sociales modernas que parecen exceder a la Justicia tradicional; b) Es uno de los más importantes fenómenos actuales del mundo procesal que merece toda nuestra atención; c) Debe impulsarse su realización, también, dentro del procedimiento jurisdiccional; d) Tiene especial importancia para la composición de ciertos conflictos en que a menudo aparecen involucrados intereses colectivos (como los relativos a los consumidores o al medio ambiente) o relaciones comunitarias en la que el conflicto merece tratamiento especial; e) Aparece como un intento de obtener mejor acceso a la justicia y una mejor distribución de la Justicia en toda la sociedad, concurriendo a brindarla allí donde se necesita, y f) Debe apoyarse la solución conciliatoria, desarrollarse y regularse, sin abandonar la necesidad de mejorar la Justicia tradicional.

Culmina esta trayectoria doctrinal con el Código Procesal Civil para Iberoamérica que preparó el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que es precisamente la articulación sistemática de la doctrina procesal de la extensa región¹⁰.

El Código Modelo tiene como antecedentes las "Bases generales comunes para códigos latinoamericanos de Procedimiento Civil", que fueron aprobadas en las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal verificadas en Bogotá y Cartagena de Indias en 1970, cuya base N° 14 expresaba literalmente que "es aconsejable consagrar una audiencia preliminar en la cual *se intente la conciliación de las partes*, se precisen los hechos en que haya desacuerdo o 'thema decidendum', y se depure el proceso de defectos mediante el despacho saneador u otras medidas procesales similares".

En la exposición de motivos del Código y al precisarse sus principios rectores, se formula una amplia exposición sobre la audiencia preliminar en un proceso oral que conlleva el complejo de principios formativos ya conocidos (publicidad, intermediación, concentración, economía, prueba racional en su acepción de sana crítica, identidad del juzgador), en cuya audiencia se verifica el procedimiento de conciliación como objetivo principal y previo.

En ese plano se expresa que "el tema de la *justicia conciliatoria* es uno de los más trascendentes del mundo moderno, dentro de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y a la búsqueda de fórmulas de alternativa. Lo que no significa, naturalmente, que esta forma de justicia sea una novedad sino que, por el contrario, es muy antigua".

En cuanto al planteamiento que se ha hecho por algunos en orden a que se coloque en el proceso un conciliador en vez del Juez o al lado del juez, el Código Modelo discuerda y estima que el juez de la causa en que se han planteado las pretensiones de las partes es *el mejor conciliador*, no solamente porque es el mejor conocedor de tales pretensiones sino porque es técnico en Derecho. Con todo, admite que si el juez desconoce alguna de las técnicas a que se refiere el proceso, puedan adoptarse medidas para que recurra a asesores.

Entendemos que tales asesores son los *peritos* que el juez puede nombrar de oficio, porque la pericia cumple a lo menos las funciones de medio de prueba, de

¹⁰ Véase el trabajo de Manuel Ortells Ramos "Tradición y cambio en el proceso civil iberoamericano (A propósito de un 'Código procesal civil modelo') que constituyó la ponencia española al primer tema del congreso internacional *Codice tipo di procedura civile per l'America Latina*, celebrado en Roma, en septiembre de 1988.

Existe una separata de la "Revista General de Derecho", Nos. 541-542, publicada en Valencia, España, en octubre-noviembre de 1989.

asesoría del juez y de asesoría de las partes litigantes, en ciertos casos. (Art. 571 del Código de Procedimiento Civil chileno).

Con todo, el Código admite la posibilidad de un conciliador no profesional para obrar en la etapa preprocesal, aunque no dentro del proceso "especialmente si éste, conforme a lo que proponemos, sea realizada ante un juez activo que, en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración, procura una solución al conflicto".

La recepción de la institución es, pues, muy amplia, previniéndose conciliación *voluntaria* por las partes, intraprocesal, en cualquier estado de la causa, que el tribunal aprobará si versa sobre derechos disponibles; conciliación *previa necesaria* antes de iniciarse cualquier proceso, salvo los exceptuados expresamente, y conciliación *necesaria* en la audiencia preliminar. En todos estos casos, su eficacia es la de una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada. Así se desprende de su cuidadosa regulación (arts. 196 al 198; arts. 268 al 267 y art. 301, N° 3°).

Este mismo esquema de tratamiento de la institución puede percibirse en la articulación que formula el Código de Procedimiento Civil para la República del Uruguay que entró a regir en 1989. Ello es muy explicable porque los redactores del Código Modelo son los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vóscovi, con la ayuda del profesor y magistrado Luis Torello, que asimismo son los redactores del proyecto que sirvió de base al Código de Procedimiento Civil vigente para el Uruguay.

IV. Reflexiones y estimaciones

Del panorama del derecho comparado y de la doctrina jurídica examinados, se desprende con claridad que la conciliación es un relevante medio alternativo para la solución de los litigios civiles que se refiere a la composición mediante la dictación de sentencia judicial en un proceso jurisdiccional. Esa preferencia queda en claro por la fórmula generalmente admitida de establecer una conciliación necesaria en determinado momento del curso de la causa y contemplar, asimismo, una conciliación voluntaria en todo el trayecto del procedimiento, en primer y segundo grado jurisdiccional.

Con todo, el buen éxito de la institución se asocia a la recepción que ella tenga en la cultura de los justiciables y de los propios jueces. Respecto de los magistrados, la labor que en tal sentido pueda hacer la Academia Judicial es, sin duda, importante.

Parece de poca eficacia la intervención del juez en el procedimiento conciliatorio si se limita a formular un mero llamamiento a las partes de la controversia a obtener avenimiento, por lo que nos inclinamos por darle atribución para proponer fórmulas de arreglo y desarrollar una labor de convencimiento en los litigantes sobre las ventajas de una solución amigable sobre una solución impositiva. Con todo, estamos acordados en que en esta actuación el magistrado debe obrar con tino y delicadeza, marginando cualquier manifestación autoritaria.

El acta representativa del avenimiento total o parcial que se obtenga en la conciliación debe tener autoridad de cosa juzgada; pero estimamos conveniente regular cuidadosamente los posibles motivos de impugnación de la misma. Así, v. gr., si alguna de las partes carece de capacidad de disposición, o el mandatario no ha obrado con poder suficiente del mandante o existe error de cálculo que deba rectificarse, etc.

En orden a la inserción que hace el maestro Carnelutti de la conciliación en la "autocomposición", junto con la transacción, la renuncia y el reconocimiento, es posible advertir que si, como postulamos, el juez tiene atribución para proponer fórmulas de arreglo que son aceptadas por las partes en el acto conciliatorio, se produce allí un concurso de voluntades en que la proposición de arreglo, por provenir del juez, puede tener un peso decisorio. Nos parece, así, que esa expresión puede aplicarse con mayor propiedad a las otras manifestaciones autocompositivas.

Si el influjo judicial puede ser -y de hecho lo es- tan trascendente en la consecución del avenimiento, cabe preguntarse si la conciliación puede afiliarse a la llamada jurisdicción voluntaria, como lo admite buena parte de autorizada doctrina procesal.