



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

ANUARIO DE NEGOCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

NÚMERO III | 2019

PROGRAMA DE NEGOCIACIÓN UC

ANUARIO DE NEGOCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Programa de Negociación UC,
Pontificia Universidad Católica de Chile

Director:

Cristián Saieh

Subdirector:

Benjamín Astete

Coordinador de Investigación / Editor del Anuario:

Felipe Martínez

Tercera edición: Marzo 2019

El Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos es una publicación anual del Programa de Negociación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su principal objetivo es contribuir al estudio interdisciplinario de la resolución cooperativa de conflictos.

ISSN 0719-9791 (impresa) / ISSN 0719-9783 (en línea)

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, oficina 425. Santiago, Chile. Teléfono: (56-2) 2354 2367 / Correo electrónico: negociacion@uc.cl

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en todo ni en parte ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo escrito por el autor. Lo que está escrito en este libro es únicamente de responsabilidad del autor.



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Diagramación: Ediciones on Demand



Impreso por:
Ediciones on Demand
www.edicionesondemand.cl

Santiago, Marzo 2019

INDICE

Tercer número (2019)

EDITORIAL	7
I. PUBLICACIONES BREVES	
• Miopía en la formación directiva	9
Dr. Francisco J. Garrido. Profesor de Postgrado y Formación Ejecutiva PUC. Miembro de la Real Academia Europea de Doctores (RAED).	
• ¿Prevenir o saber abordar los conflictos?	11
Cristian Saieh. Director del Programa de Negociación UC.	
• Límites jurídicos de la Negociación de Contratos	14
Rodrigo Sanhueza Torres. LLM Universitat Pompeu Fabra.	
• Pasar de la confrontación a la cooperación	16
Cristian Saieh. Director del Programa de Negociación UC.	
• Preguntar, la herramienta más eficaz del mediador	17
Miguel Andrés Aravena Cofré. Máster en Mediación Profesional - Universidad Pompeu Fabra.	
• Resolver conflictos en un mundo intercultural	19
Marcelo Marzouka. Abogado de la Junta de Auditores de la Organización de las Naciones Unidas.	
• Negociaciones Interculturales: Más allá de los estereotipos	21
Alfredo Silva. Investigador Colaborador del Programa de Negociación UC.	
• Gendarmería: Una negociación larga y difícil	24
Darío Rodríguez, Ph.D. en Sociología de la Universidad de Bielefeld.	
• Huelga en Valparaíso: Miremos los intereses en su dimensión temporal	25
Marcelo Marzouka. Abogado de la Junta de Auditores de la Organización de las Naciones Unidas.	
• Modernización al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la PAC temprana y los court annexed mediation	27
Gonzalo Pérez Cruz. Abogado LL.M.	
• Características de la negociación en un conflicto socioambiental	29
Francisco Ribbeck. Licenciado en Derecho UC.	
• Métodos alternativos de solución de conflictos en propiedad intelectual	31
Aníbal Osorio. Licenciado en Derecho UC.	
• Evo: Un problema de expectativas	33
Cristian Saieh. Director del Programa de Negociación UC.	
• El Acuerdo de Escazú	35
Cristian Saieh. Director del Programa de Negociación UC.	
• Los intereses según Donald	37
Sergio Espejo Yaksic. Investigador Colaborador del Programa de Negociación UC.	
• La mediación en el conflicto entre inversionista y Estado	39
Nicolás Frías. Subdirector del Programa Reformas a la Justicia UC.	

II. TRABAJOS ACADÉMICOS

- **Hacia un modelo integral de política pública para la mediación: Un análisis de las instituciones sectoriales de mediación** 41
Dra. Liliana Guerra. Subdirectora de Docencia. Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Carlos Frontaura. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Cristián Saieh. Director del Programa de Negociación UC.
Nicolás Frías. Subdirector del Programa Reformas a la Justicia UC.
Marcelo Marzouka. Abogado de la Junta de Auditores de la Organización de las Naciones Unidas.
Benjamín Astete. Subdirector del Programa de Negociación UC.
- **Preparando una Negociación con la Administración: La importancia de algunos principios que rigen su actuación** 60
Abogado. Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- **Mediación laboral y la gestión de las emociones de las terceras partes** 66
Jorge Cea Rodríguez. Profesor, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad Austral de Chile.
Jorge Riveros Sudy. Doctor en Economía y Administración de la Universidad de Zaragoza. Profesor de Instituto de Administración, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Austral de Chile.
Roberto Cárdenas Gutiérrez. Ayudante de Investigación.
- **¿Cómo obtener un crédito hipotecario y no morir en el intento? David contra Goliat, la preparación es tu boleadora** 81
Andrés Gonzalo Pérez Monroy. Abogado de la Universidad Diego Portales.
Aníbal José Osorio Concha. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- **Éxito y fracaso en el uso del poder. La Carta Magna** 89
Tomás Aróstica. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Javier Correa. Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez.
- **Un modelo de supervisión y mejoramiento continuo de la calidad para la mediación en Chile** 95
Isabel Ximena González Ramírez. Directora del Centro de Mediación y Arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

III. ACTIVIDADES E HITOS DEL PROGRAMA 99

IV. TALLERES Y PROGRAMAS CERRADOS 102

EDITORIAL



Por Cristián Saieh
Director
Programa de Negociación

Con gran orgullo ponemos a disposición de la comunidad académica y profesional la tercera edición del Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos, cuyo objetivo es contribuir al quehacer intelectual y académico en esas materias.

Desde la primera edición de esta publicación, lanzada en el año 2017, hemos logrado importantes avances. Así, en este número se incorporan artículos de opinión que nuestros investigadores y colaboradores han publicado en distintos medios, aportando a la discusión académica y la investigación aplicada en estas relevantes materias.

En el contexto referido, este año hemos consolidado nuestra sección de Trabajos Académicos, posicionando a este Anuario como el principal punto de encuentro en esta área del saber a nivel nacional, gracias a la inestimable labor de académicos de primer nivel. También es muy relevante destacar las contribuciones de nuestros alumnos del Diplomado en Negociación, quienes en ese programa adquieren herramientas para acercar el conocimiento adquirido al servicio de la sociedad y la empresa, lo que se plasma en los trabajos referidos.

En relación con nuestro Programa de Negociación UC, durante el año 2018 desarrollamos la investigación "Hacia un modelo integral de política pública para la mediación: un análisis de las instituciones sectoriales de mediación" en el marco de la decimotercera versión del Concurso de Políticas Públicas de nuestra casa de estudios. Con ella se consolidó un gran equipo de investigación, con la subdirectora de la Escuela de Trabajo Social UC, Liliana Guerra; el ex Decano de Derecho UC, Carlos Frontaura y el subdirector del Programa de Reformas a la Justicia UC, Nicolás Frías. De esta manera nuestro Programa de Negociación UC adquirió un rol protagónico en la discusión de la tan esperada reforma procesal civil, la que, hasta ahora, contempla la mediación como un paso previo obligatorio para acceder a la etapa judicial en diversas materias, incorporando este proceso que reconoce la dignidad de las partes relevando valores como la cooperación, la confianza y la buena fe.

También quiero destacar que nuestro Programa Negociación UC ha representado a Derecho UC en la iniciativa lanzada durante el 2018, Mediación en Red, que se creó con el objetivo de contribuir a la promoción, diseño y desarrollo de políticas públicas en esta materia. En la instancia participan académicos de 17 universidades, junto a representantes del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Para este 2019 hemos asumido una serie de desafíos. En primer lugar, este año realizaremos una nueva investigación en el marco del Concurso de Políticas Públicas UC, esta vez proponiendo soluciones alternativas a las existentes respecto a los conflictos socioambientales, con el proyecto de investigación titulado: "El panel comunitario como alternativa para la solución de conflictos socioambientales".

En lo relativo a extensión académica, destaca para el 2019 la XVI versión del Diplomado en Negociación, que esta vez contará con dos nuevas menciones: mención en Negociación Estratégica Avanzada y Liderazgo y mención en Mediación, esta última organizada en conjunto con el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Esperamos que esta nueva edición del Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos y el quehacer de nuestro Programa Negociación UC puedan seguir contribuyendo al desarrollo y la reflexión de todos aquellos académicos y profesionales con interés en la materia, para así poner a disposición de la sociedad los avances que día a día se logran en esta disciplina desde una perspectiva crítica, integral y multidisciplinaria generando herramientas que contribuyan a avanzar hacia una sociedad más cooperativa y justa.

I. PUBLICACIONES BREVES

A continuación, recopilamos una selección de artículos publicados en el Newsletter de nuestro Programa durante el año 2018, así como publicaciones de los profesores Cristián Saieh y Darío Rodríguez, en el marco del curso de Negociación del programa "La Clase Ejecutiva" de la Escuela de Ingeniería UC, el cual se dicta desde el año 2002 y en cuya elaboración han colaborado múltiples personas que han formado parte del equipo del Programa de Negociación UC.

Miopía en la formación directiva

En los últimos años la enseñanza de la estrategia se ha enfocado principalmente en la idea de competir. No se entiende planear una estrategia sin otro frente al que ejecutarla, en un contexto eminentemente competitivo. Esto ha generado una miopía en la formación directiva de hoy en día. En oriente, por ejemplo, el llamado es a realizar un ejercicio de desarrollo introspectivo formativo. El educar para competir implica educar para ganar, esto es, obtener un resultado determinado previo a la aproximación del problema o conflicto en sí mismo. Esto genera directivos ansiosos, ávidos de obtener la "receta mágica" que les permita obtener el resultado deseado en su competencia.

Por Dr. Francisco J. Garrido. Profesor de Postgrado y Formación Ejecutiva PUC. Miembro de la Real Academia Europea de Doctores (RAED).

Es curioso que las provocadoras ideas que "sorprendían y obligaban a pensar a los lectores de forma más creativa y más inteligente sobre sus negocios"¹ hayan sido inspiradas por Schumpeter (1942) y Levitt (1960), en la misma escuela en que años más tarde Porter (1980) aportaría a la miopía estratégica de numerosas generaciones que algunos influidos por su libro "*Competitive Strategy*"²: numerosas generaciones que entenderían la estrategia solo como un instrumento creado para competir: ni la *cooperación* ni el *conflicto* entraban en las posibilidades para un mínimo trazado de futuro.

Ya en un artículo que precede al libro (1979) el autor nos dice que "la esencia de la formulación estratégica es hacer frente a la competencia", lo que reitera con algo adicional

- 1 Harvard Business Review (editor's note): "What Business are you in?" (October, 2006).
- 2 Porter, M. E. (1980): "Competitive Strategy: techniques for analyzing industries and competitors". Free Press, New York.

en la primera frase del primer capítulo de su libro (1980): "*la labor fundamental del estratega es comprender y hacer frente a la competencia*". En palabras de Mintzberg (2004), Porter "tomó por asalto el curso de política (de empresas)" en el MBA de Harvard con este "estrecho trabajo que contenía una gran cantidad de texto de naturaleza notablemente reduccionista (*checklist* tras *checklist*), enseñando con esto a las escuelas de negocios a desarrollar analistas, no estrategias"³.

¿Solo se trata de Competir?

Cuando el 14 de Noviembre de 2012, el periódico The Economist y parte importante de la prensa económica global titulaba "*Monitor's End*", quizás pocos entendieron que se

- 3 Mintzberg, Henry (2004): "Managers, not MBA's". Edit. Berrett-Koehler, San Francisco, CA, USA.

trataba de la quiebra de la empresa de consultoría de Porter ("Monitor Group"); Forbes apuntó incluso más allá "hemos aprendido algo realmente impresionante (tras la quiebra): el grupo Monitor mismo no creía en el análisis de las cinco fuerzas competitivas, y no lo usaba desde hacía años"⁴.

En primer término, habrá que situar el hecho que la palabra "competencia" tal como la define la RAE nos obliga a pensar en un *actor* (persona, grupo u organización) enfrentando a otro *actor* (persona, grupo u organización). Incluso en su cuarta acepción ("*situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio*") nos aclara este estado *sine qua non*: existe otro, y si existe es para competir.

En la tesis original de Porter (1977), el autor ya suponía que tan solo a partir de un cierto estado de alerta defensiva ante la fuerzas competitivas del entorno surgía la necesidad de diseñar una estrategia: de hecho define que "la estrategia puede ser vista como la construcción de defensas contra las fuerzas competitivas"⁵ y por tanto se justifica en la medida en que se usa "*para diferenciarse y competir*"⁶. Si tomamos como puntos de apoyo las ideas iniciales del autor (sobre las que basamos este artículo), supondríamos que: (a) la estrategia depende de la presencia de otro para ser tal (un rival, ya sea persona o empresa) y (b) la estrategia es para, o existe para, *competir* (su naturaleza es competitiva). Este es precisamente el punto que nos sugiere un llamado de atención y desacuerdo: resulta particularmente incómodo el hecho que se intente hacernos suponer que la estrategia requiera de la presencia de un "otro" para manifestarse, idea que colisiona con las tradiciones formativas de las escuelas de Pensamiento Estratégico orientales (India, China y Japón a la cabeza), y occidentales, dado que la estrategia trata primero sobre *perfeccionarse*, y luego sobre los estados de "competencia, cooperación o conflicto" (Asher, 2018).

Creemos que aun cuando Johansen (2000) advirtió sobre la tendencia a seguir modas en la administración, debemos intentar comprender las razones que llevaron a numerosas generaciones de académicos y estudiantes de las mejores escuelas de negocio occidentales (y de las que no lo son tanto), a seguir de buena gana estas ideas que "rompían con las bases epistemológicas y tradiciones de 2500 años de formación relatada de la estrategia universal"⁷,

y además sobre-simplificaban la tarea de la estrategia solo a una búsqueda de la competitividad. Sumando a esto el efecto "receta" que se ampara en los cultores de la forma y la superficialidad, el mismo que ha empujado a algunas disciplinas como el *management* al borde del agotamiento de sus capacidades para ahondar críticamente en sus objetos de estudio, dando paso a generaciones de profesionales ansiosos de los tan dañinos "recetarios". Esta cultura llevó incluso a Ohmae (2008) a declarar que su experiencia dando clases de estrategia en *Stanford Business School* había sido terrible, porque "los estudiantes levantaban la mano solicitando una y otra vez los recetarios"⁸ a lo que el profesor y consultor estrella (definido en la época como *Mr. Strategy* por *The Economist*) solo pudo responder regresando a su Japón natal, para no regresar a occidente.

Desde un punto de vista formativo resulta complejo que la incidencia de las ideas sobre "estrategia competitiva" hayan dejado expuestas a numerosas generaciones de directivas y directivos a la peligrosa idea de "crear contar" con las herramientas para acometer *con simpleza y superficialidad*, hechos complejos y trascendentes. Esto porque no se les ha enseñado ni a formular estrategias, ni a comprender que las mismas pueden ser algo más que competitivas. De allí la tarea que tenemos por delante para intentar corregir esta verdadera miopía en la formación directiva. ■

4 Forbes, Leadership (24 de Noviembre de 2012).

5 Porter, Michael (1977): "How Competitive Forces Shape the Strategy". Harvard Business Review, March-April (pp. 137-145).

6 Porter, Michael (1985): "On Competition". Edit. Harvard Business School Publishing Co., Boston, MA, USA.

7 Garrido, Francisco J. (2015): "Determinantes de las Escuelas

de Pensamiento Estratégico de Oriente y Occidente y su contribución para el Management del Siglo XXI". Edit. Real Academia de Doctores, Barcelona, España.

8 Ohmae, Kenichi (2008): "La Mente del Estratega", Edit. McGraw Hill, Madrid, España (3ª ed.).

¿Prevenir o saber abordar los conflictos?

Paulatinamente se ha ido avanzando hacia la desjudicialización del conflicto. En múltiples áreas hoy el legislador establece instancias previas a la judicial a fin de solucionar las disputas en forma anticipada, del modo más eficiente posible. Esto, genera una serie de desafíos, ya que surge la necesidad de que las personas tengan las herramientas necesarias para resolver sus disputas. En este punto, es que la educación se erige como uno de los aspectos fundamentales para avanzar en la etapa de prevención y comprensión del conflicto.

Por Vicente Ocaranza Mansfeld, Abogado y Mediador.

Desde hace unos años ha comenzado a desarrollarse en Chile una nueva corriente que pretende abordar los conflictos desde una perspectiva más conciliadora, que rompa la cultura, ya instaurada, en torno a la judicialización de todas las disputas; tradicionalmente la formación académica de los abogados se ha centrado en el estudio del derecho y de los procesos judiciales como solución a los conflictos jurídicamente relevantes y donde se ha brindado solo nociones acerca de los métodos alternativos de resolución de disputas (RAD); incluso, el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile hace referencia a ello en su Artículo 94, pero eso no implica que los profesionales tengan como objetivo solucionar los conflictos de manera temprana, oportuna, al menor costo posible e incluso extrajudicialmente.

La superficialidad de los Métodos RAD ante el conflicto.

No obstante lo anterior, desde hace un tiempo se vienen desarrollando políticas públicas orientadas a fomentar los métodos alternativos de resolución de disputas (RAD), especialmente en lo que se refiere a la negociación, mediación y arbitraje forzoso, lo cual significa un avance en esta materia y el inicio de un cambio cultural en torno al conflicto.

De todos modos, al analizar todas las formas alternativas de resolución de conflictos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, es posible denotar que solo unas pocas se pueden concebir fuera de un proceso judicial, a saber, el arbitraje, la mediación y la transacción prejudicial. De ellas, dada la naturaleza, la forma en que se desarrolla y el objetivo que persigue, resulta ser un procedimiento que, en la esencia, corresponde a un "juicio privado", pero dado que se trata de un método extrajudicial, se le sigue considerando como un método RAD.

Más allá del método RAD que se adopte, todos resultan ser mecanismos de reacción y de respuesta ante una situación de conflicto, pero que en el fondo no soluciona el problema y no prepara a las personas para abordar y resolver futuras y eventuales disputas.

Es por ello que, si bien es bueno que las políticas públicas comiencen a generar las instancias e incentivos para que se desarrollen los métodos RAD, también deben existir iniciativas que doten a las personas de las herramientas necesarias para que no solo sean capaces, por si solos, de solucionar sus problemas, sino que les genere habilidades para detectarlos de manera oportuna, puedan abordarlos de la forma correcta, e incluso les permita anteponerse a los hechos y prevenir situaciones de riesgo.

Más allá de la solución, la prevención

Actualmente, en nuestro país existen programas educacionales pilotos que incorporan procesos de mediación en las relaciones estudiantiles y que son dirigidos por los propios alumnos, lo cual constituye un gran avance en materia de solución temprana de los conflictos y un esfuerzo por evitar que los niños, niñas y adolescentes recurran y opten por la violencia. Pero más allá de eso, se hace necesario indagar si ¿Es posible prevenir el conflicto? ¿De qué forma se puede lograr? ¿Qué tipo de preparación deben tener los intervinientes? ¿Cómo se les puede preparar?

En la literatura actual es posible encontrar estudios y propuestas nuevas que plantean la necesidad de comenzar a educar y preparar a los niños, desde temprana edad, en el desarrollo de habilidades que les permita enfrentar los problemas y desafíos que surjan durante el transcurso de su vida.

El profesor William Ury, académico, antropólogo, experto en negociación y co-fundador del Programa de Negociación de Harvard, plantea en uno de sus libros que, antes de intervenir en una negociación, debe existir un proceso interno y previo, de análisis e introspección, que supone conocerse a uno mismo, saber respetar a los demás e incorporar un pensamiento colaborativo al momento de entablar relaciones interpersonales, lo cual, en términos prácticos, resulta ser el primer paso para generar relaciones sanas.

En este sentido el trabajo de las profesoras Genoveva Sastre Vilarrasa y Montserrat Moreno Marimón, del Departamento de Psicología Básica de la Universidad de Barcelona; y de Kathryn Girard y Susan J. Koch, docentes y consultoras del National Institute for Dispute Resolution; viene a poner en práctica lo propuesto por el Profesor Ury, planteando la necesidad de que se comience a integrar el aprendizaje emocional y la resolución de conflictos en los programas educacionales, no como un aprendizaje individual, sino dentro de la estructura educacional base de los colegios.

De hecho, las profesoras proponen formas de aprendizaje a través de talleres, actividades y ejercicios prácticos que le permiten a los alumnos aprender sobre los sentimientos, manejo de la ira, comunicación efectiva, escucha activa, respeto, análisis de conflictos, técnicas de negociación e incluso procesos de mediación, entre otros objetivos. Incluso, se propone un sistema paulatino para comenzar a abordar estas temáticas, que depende del desarrollo cognitivo de los niños, niñas y adolescentes.

Reflexiones finales

El fondo de la discusión que debe darse en torno al conflicto se debe centrar en cómo resolver el origen del problema y los factores que influyen en su gestación, más allá de las formas que puedan existir para combatir sus consecuencias.

Es cierto que existen factores culturales, educacionales, sociales y políticos que influyen en el desarrollo personal de los individuos, pero resulta ser la educación la que permite generar un cambio en toda la sociedad. Es esta la razón por la cual se hace necesario evaluar el modelo de educación actual, centrado principalmente en la preparación del alumnado para su vida universitaria y profesional, pero que deja en segundo plano el aprendizaje de habilidades comunicacionales y emocionales, necesarias para la vida misma.

Un desarrollo temprano de habilidades comunicacionales y emocionales, puede generar un cambio real en cómo se erigen las relaciones humanas y que, al complementarse con un pensamiento más colaborativo, puede constituir la forma ideal de resolución de los conflictos. En este sentido, las políticas públicas deben desarrollarse tomando en cuenta el ideal que se persigue y abordar de manera correcta los incentivos para concretarlo. ■

Lectura sugerida:

- **Paul Watzlawick:** *"Teoría de la Comunicación Humana"* (Herder Editorial).
- **Sara Cobb:** *"Hablando de violencia: La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos"* (Editorial Gedisa).
- **William Ury:** *"Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder"* (Editorial Conecta).
- **Genoveva Sastre Vilarrasa y Montserrat Moreno Marimón:** *"Resolución de conflictos y aprendizaje emocional: una perspectiva de género"* (Editorial Gedisa).
- **Kathryn Girard y Susan J. Koch:** *"Resolución de conflictos en las escuelas: manual para educadores"* (Editorial Granica).
- **Edy Kaufman y Ana Bourse:** *"De socios en conflicto a socios en la paz"* (Icaria Editorial).

¿Por qué observar cómo observa el otro?

Uno de los principales obstáculos que debemos superar es la incapacidad de observar al otro. Los conflictos sociales e interpersonales se agudizan al compás de esta verdadera tara que nos impide generar valor al abordar diferencias. Observar al otro no es un juego de palabras.

Por Cristian Saieh, Director del Programa de Negociación UC.

Puede estar repartido

¿Cómo superar esta deficiencia? La teoría de sistemas postula que conocemos mediante esquemas de distinción, que permanecen ocultos para el observador que los usa: el que mira a través de sus anteojos no ve sus anteojos, sino el mundo que lo rodea; quien considera sabroso un plato de comida cree que dicho plato es delicioso y no que es él quien lo considera así.

Sin embargo, un observador de segundo orden, el que observa a otro observador observando, sí puede ver los esquemas de distinción del observador que él observa: puede, entonces, ver por qué éste ve las cosas como las ve, aunque este observador de segundo orden tampoco puede ver sus propios esquemas de distinción.

Al interactuar con otra persona, salta a nuestra vista si usa o no anteojos, aunque el que los lleva puestos no pueda verlos. Así como podemos entender que para un vegetariano sea atractivo un plato con lechugas y que un bife chorizo no lo sea, también se hace posible comprender el juego amoroso de una pareja, algo que para los mismos integrantes de la pareja es imposible descubrir, porque están en ese juego, o ver la codicia reflejada en los ojos de un avaro, el cual no cree ser codicioso, sino sólo precavido.

Así, las personas tienden a darle valor a las cosas por su historia con ellas. Quien vende una casa cree que su valor es superior al de mercado, ya que la ha acomodado a sus necesidades, lo que le agrega un valor emocional que el comprador no ve. Éste, por su parte, también tiene sus esquemas de distinción que debemos reconocer: esta casa, ¿Representa un ascenso de estatus?, ¿Busca una casa definitiva? Estas preguntas ayudan a descubrir los esquemas de distinción con los cuales este comprador mira la casa, esto es, descubrir sus intereses. Entonces, aunque parece que la

negociación se refiere al mismo objeto –la casa–, en la práctica son objetos distintos ya que la casa que vende el vendedor no es la misma por la que se interesa comprar el comprador. Para el vendedor vale más porque ha hecho arreglos que la hacen cómoda, sin darse cuenta que está pensando en él. En cambio para el comprador, la casa vale menos porque está cerca de una avenida cuyo alto tráfico genera ruido, lo que el vendedor ha dejado de escuchar, porque se ha acostumbrado. Él sólo ve ventajas en la cercanía a una avenida en la cual circula locomoción.

El observar el observar del otro no es un juego de palabras: es apreciar las cosas con la perspectiva que la otra parte tiene y entender las razones por las cuales tiene esa visión. En la solución de conflictos, observar el modo en que la otra parte mira el problema nos permitirá captar sus intereses, y nos entregará claves para generar confianza. Recordemos que como observadores también somos ciegos a nuestros esquemas de distinción y que la solución al problema no siempre estará en el mundo que percibimos, sino en la comprensión de cómo los otros perciben el problema. ■

Esta columna se publicó originalmente en una columna de El Diario Financiero durante febrero del año 2017.

Límites jurídicos de la Negociación de Contratos

Las habilidades de negociación es un tema indudablemente relevante, sin embargo, ¿Cuál es el límite? El autor realiza reflexiones en torno a los límites de la negociación de contratos entre privados, abordando los aspectos éticos y jurídicos de la etapa de negociación.

Por Rodrigo Sanhuesa Torres, LLM Universitat Pompeu Fabra, Asociado Senior del Grupo Laboral de Morales & Besa.

¿Por qué Cristiano Ronaldo no renegocia su contrato el día de la final de la Champions? ¿Por qué Justin Timberlake no buscó recibir más dinero el día del Superbowl? En un mundo en donde saber negociar es cada vez más importante, y en donde cada quien pareciera estar obstinado en buscar mejorar su poder de negociación, considero importante reflexionar brevemente, no acerca de cómo mejorar nuestras habilidades de negociación; sino que más bien: cuales son los límites de los contratantes al momento de negociar o renegociar un contrato.

Es indudable que, en los ejemplos propuestos, los sujetos activos tienen un poder de negociación casi absoluto. Así, Cristiano Ronaldo sabe que, sin él, el Real Madrid no ganará la Champions League, mientras que Justin Timberlake sabe que, si él decide no salir al escenario, no habrá show de intermedio del Superbowl, exponiendo a la NFL a múltiples acciones legales por incumplimiento contractual de parte de sus auspiciadores. Entonces, en ambos casos, que la contraparte acceda a las demandas planteadas resulta altamente probable; no obstante, consta del mero sentido común que los jugadores de fútbol profesional no negocian su contrato el día de una final ni los artistas exigen mejores condiciones contractuales el día de un evento, a pesar del alto poder de negociación que tiene cada una de las partes en dicho momento. ¿Por qué es que estas situaciones no ocurren?

Naturalmente, respuestas a las preguntas previamente planteadas pueden encontrarse en la ciencia misma de la negociación. Así, bien podría responderse que Cristiano Ronaldo no renegocia su contrato porque está dentro de una relación continua en el tiempo, por lo que tomar una postura competitiva dañaría gravemente su relación laboral; o que a Justin Timberlake no le convendría tomar una medida como la descrita, ya que ello afectaría el número de futuros interesados en sus servicios. Si bien ambas respuestas son ciertas, el enfocar estas preguntas solo desde el prisma de la negociación nos deja con un incuestionable vacío: ¿Qué pasa si ambos sujetos simplemente deciden

negociar competitivamente? Saben que es una mala postura negociadora, que les dañará al mediano y al largo plazo; pero no les importa, desean hacerlo igual. ¿Cómo resolver entonces este caso?

Para contestar lo anterior, debemos necesariamente reflexionar acerca de los límites de la negociación de contratos, los cuales, por motivos de extensión, acotaré al plano de la interacción entre privados (la interacción entre Estados y los pactos que los rigen tienen reglas muy distintas), enfocándome en un aspecto trascendental: los límites jurídicos de la negociación.

Límites éticos vs límites jurídicos

El primer límite de una negociación es, naturalmente, uno de carácter ético. Todos esperamos que las contrapartes negocien sin trampas, de buena fe, para así no sacar provecho indebido de su posición negociadora. Un buen ejemplo de ello es lo ocurrido en Florida con el Huracán Charley el año 2004, en donde se vendían galones de agua a 99 dólares, en circunstancias que, en condiciones normales, tal galón no valía más de 5 dólares. Asumo (espero) que todos compartimos que, en este caso, hay un claro abuso de una posición negociadora que, ciertamente, no se ajusta a parámetros éticos.

Pero lo difícil del ejemplo propuesto es que, si bien las consideraciones éticas de la negociación son tremendamente relevantes, éstas conllevan un problema práctico consustancial: tales límites no son vinculantes. Yo no puedo obligar a mi contraparte a comportarse éticamente, solamente puedo obligarlo a actuar dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico. En el caso de la venta de botellas de agua tras el Huracán Charley, esto llevó a que se creasen leyes en contra del aumento excesivo de precios, que son las que permitieron que dichas conductas predatorias fuesen sancionadas cuando ocurrió el Huracán Harvey, en agosto de 2017. Sin estas leyes, no podría existir una sanción, al menos, desde una perspectiva pecuniaria.

Naturalmente, todos esperamos que los ordenamientos jurídicos también sean éticos; no obstante, aun de no serlo, es en éstos en donde se encuentran *las reglas del juego* de toda negociación, motivo por el cual los límites más importantes de la negociación se enmarcan en este terreno, ya que es allí en donde verdaderamente existe una exigibilidad, en el sentido estricto del término.

Los límites jurídicos de la negociación

Entonces, para comprender donde se encuentran los límites jurídicos de la negociación de contratos, debemos dar un paso previo, y cuestionarnos cuál es su finalidad, ya que es en los contratos en donde se plasman los resultados de toda negociación. Así, e independientemente de las consideraciones particulares de cada legislación, todos podemos estar de acuerdo en que la finalidad última de los contratos es el ser una herramienta que refleje la voluntad libre de los contratantes. Por ende, el principal límite jurídico de la negociación es el no poder realizar cambios que no hayan sido libremente consentidos.

¿Pero qué es consentir libremente? Hay casos obvios en que el consentimiento está viciado: si me apuntan con una pistola para firmar un contrato, yo realmente no tuve la intención de firmar ese contrato; por ende, el ordenamiento jurídico privará de efectos a tal negociación. Mismo caso si es que firmó un contrato producto de un engaño o si me obligan a firmar a la fuerza. Pero, en el ejemplo de Cristiano Ronaldo, ¿habría voluntad libre de vicios por parte del Real Madrid? No, tampoco la habría, toda vez que en ese caso, el Real Madrid estaría siendo coaccionado, lo cual constituye un vicio de la voluntad que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, está reconocido como una causal para anular los efectos jurídicos de los contratos. Particularmente relevante en este sentido es lo establecido por el derecho anglosajón acerca de la firma de contratos sujeto a coacción (*duress*).

Evidentemente, el determinar concretamente cuando hay coacción y cuando hay libre acuerdo de voluntades es un asunto sumamente casuístico, del cual no puede existir una regla pétrea. Sin ir más lejos, en el ejemplo de Cristiano Ronaldo, muchos podrían entender que no existe coacción alguna, toda vez que, en caso de su negativa a jugar, existirían otros jugadores dispuestos a asumir su lugar. En mi opinión, la principal razón de porque en el ejemplo propuesto existe coacción es porque la parte negociadora (Cristiano Ronaldo) busca renegociar su contrato sin otorgar compensación adicional, sino que simplemente demorando la entrega o aprovechándose de la posición de la contraparte, lo cual en teoría económica se conoce como *juego de espera*. Es correcto que los ordenamientos jurídicos priven de efecto a estos comportamientos, no solamente porque en tales juegos no

se crea ningún valor agregado, sino que principalmente, por los efectos sociales que generaría el que una parte contratante válidamente pudiese aumentar el precio de un contrato bajo la amenaza de dejar de cumplirlo. Por tanto, otro importante límite jurídico a la negociación de contratos es que las partes están obligadas a cumplir lo previamente acordado, no siéndoles permitido el negociar en base a su futuro incumplimiento.

Ahora bien, este último límite requiere de algunas precisiones. En primer lugar, salvo excepciones, los ordenamientos jurídicos debiesen incentivar a que existan costos asociados al incumplimiento de los contratos. Una excepción a ello son los contratos de trabajo, en donde resulta lógico que no existan costos pre-definidos por renunciar dentro del plazo que establece la ley; no obstante, la regla general es que quienes incumplan un contrato deban ser sancionados, al ser del interés general que los acuerdos se cumplan. En segundo lugar, que el cumplimiento de los contratos va directamente ligado al acceso a la tutela judicial efectiva, lo cual es un aspecto que todo contratante deberá tener presente al momento de entrar en un contrato.

Consideraciones finales

En definitiva, si Cristiano Ronaldo o Justin Timberlake no renegocian sus contratos el día en que se espera que lo ejecuten, es porque el ordenamiento jurídico prohíbe este tipo de comportamientos, prohibición que tiene como fundamento último el viejo aforismo jurídico "*pacta sunt servanda*": lo pactado, obliga. La sociedad en su conjunto no se beneficia de que los contratantes tengan los incentivos para no cumplir sus contratos, de jugar al *juego de espera*, motivo por el cual los ordenamientos jurídicos privan a estas conductas de efectos jurídicos.

Los contratos están constantemente en negociación, siempre requieren de ajustes, toda vez de que no existe ningún *contrato perfecto* que sea capaz de ponerse en todos los escenarios futuros venideros. Por lo tanto, es importante saber negociar y renegociar un contrato, lo cual no implica que la forma en que se conduzca una negociación no sea relevante. Si en un contrato una de las partes está prestando un servicio cuyo costo de producción es superior al precio de venta, estamos en presencia de un contrato que claramente tiene que ser renegociado, lo cual no implica, en caso alguno, que dicho contratante tiene el derecho a amenazar incumplir el contrato si es que el precio no sube. Dicha distinción en ningún caso es una de carácter semántica, sino que más bien, es lo que posibilita que los contratos se negocien en el tiempo, sin por ello quitarles la confianza que los contratantes debiesen tener en dicho instrumento. ■

Pasar de la confrontación a la cooperación

¿Cómo actuamos frente a las crisis y divergencias? ¿Qué hacemos cuando se nos presenta un conflicto? Nuestra cultura parece situarnos en una especie de limbo. No evadimos ni tampoco confrontamos. La pérdida de confianza es un factor que también incide en la posición adoptada.

Por Cristian Saieh, Director del Programa de Negociación UC.

La vida en sociedad se caracteriza por la necesidad de estar en un estado de permanente coordinación de expectativas entre personas y organizaciones.

Las exigencias y la complejidad del entorno, especialmente en períodos donde el temor por la crisis de confianza se instala en diversos estamentos sociales, llevan a que no siempre logremos los acuerdos y colaboraciones que esperamos de los otros.

Para abordar esta realidad, resulta relevante reconsiderar nuestra actitud ante las situaciones de crisis y divergencias. En tanto chilenos, pareciera que nuestra aversión al conflicto nos inserta en un limbo entre la evasión y la confrontación que delata una incapacidad de gestionar las posibilidades que son inherentes a dicha situación.

Desafortunadamente, no son pocos los ejemplos que dan cuenta de cómo la búsqueda improvisada y apresurada por dar fin a divergencias inhibe posibilidades de generación de valor.

La visión simplista y polarizada al momento de reformar el mercado laboral, el sistema tributario y el educacional; las recurrentes pugnas internas que debilitan políticamente las coaliciones; el manejo indebido de recursos en las organizaciones, develan una gestión del conflicto confrontacional que genera mayor desconfianza.

Las investigaciones que indagan en nuestras conductas con desconocidos muestran que somos reacios a confiar en la información que nos entregan personas ajenas a nuestro círculo más cercano. Al considerar también que las redes conformadas por cercanos – compañeros de trabajo, familiares y amistades- muchas veces llevan al traspaso de información de forma indebida, comprendemos que la pérdida de la confianza institucional es un correlato de este mismo fenómeno.

Consecuentemente, la predisposición a desconfiar nos orienta hacia estrategias de resolución de conflictos y manejo

de crisis que están muchas veces basadas en la imposición de nuestras preferencias y la judicialización.

Por ello resulta pertinente revalorizar la negociación como un espacio en el que compartimos y coordinamos intereses, buscando la generación de opciones que no solamente solucionen nuestros conflictos, sino que presenten posibilidades de generación de valor para todos los involucrados, lo que además significará un aporte para la sociedad en su conjunto.

La negociación cooperativa es una herramienta que logra el análisis detenido de los elementos constitutivos de un conflicto y el proceso de generación de acuerdos, permitiendo gestionar correctamente las naturales divergencias que marcan la vida en sociedad.

La búsqueda por conocer y validar los intereses del otro está en la base de una exitosa estrategia de negociación colaborativa y es la clave para comprender desde dónde podemos impulsar iniciativas que nos permitan lograr acuerdos que impulsen la cohesión social y que nos lleven de la confrontación a la colaboración. ■

Una versión original de esta columna fue publicada en el Diario Financiero durante marzo del 2018.

Preguntar, la herramienta más eficaz del mediador

A propósito de una obra de teatro estrenada en el transcurso del año 2018, el autor plantea que uno de los aspectos más relevantes para obtener una mediación fructífera es la aproximación que hace el mediador al conflicto, por medio de las preguntas realizadas a las partes. De esta forma, es posible ir indagando en las posiciones de cada una de ellas a fin de encontrar eventuales intereses comunes subyacentes, o romper con ideas preconcebidas de las partes, e incluso, del mediador. Así, el autor sostiene que es necesario hacer las preguntas correctas a fin de obtener la perspectiva más amplia posible del conflicto.

Por Miguel Andrés Aravena Cofré, Máster en Mediación Profesional - Universidad Pompeu Fabra.

La obra

Recientemente se estrenó en el Teatro Canal de Madrid la obra *7 Años*, una adaptación de la película del mismo nombre estrenada en Netflix y que trata sobre cuatro socios que tras defraudar a Hacienda, deben decidir quién asumirá solitariamente la responsabilidad del delito para ir a la cárcel, mientras el resto de sus compañeros quedan liberados de cargos y penas. Esta discusión, que inicialmente parece tener más puntos de encuentro que desavenencias, es conducida por un mediador profesional que ha sido convocado presurosamente y a quien se le prometen todo tipo de garantías y beneficios a fin de que acepte interceder en el debate.

Mientras discurre el diálogo, el que transita por cada uno de los estados anímicos imaginables, ya de la ira al reconocimiento o de la confianza a la desazón, se descubre una especial habilidad del mediador para conocer más acerca del conflicto, así como para desatar intencionadamente un nuevo juego de alianzas y quiebres: preguntar y no suponer. Ahí donde la historia grupal parece no ser prístina o dónde se han atado nudos que impiden ampliar el horizonte de alternativas, el mediador pregunta hábil y elegantemente. Esto, naturalmente, quiebra corazas y descubre nuevos relatos -colectivos e individuales- entre los personajes.

Función mediadora

Desde la mirada de un mediador profesional, esta historia destaca la importancia de una de las herramientas más trascendente para quien actúa como intermediario entre las partes en disputa. Las preguntas son un camino para descubrir el horizonte de posibilidades que presenta un

conflicto más allá del relato monolítico que los conflictuados puedan tener. Es esperable que la perspectiva inicial de estos se dirija a confirmar su posición a través de un relato rígido, preconcebido a fuerza de ser su propia historia y de reafirmarse en la obsesión de estar en lo cierto. Sin embargo, las preguntas del mediador rompen este hilo narrativo, puesto que sin prejuzgar ni plantear favoritismos, incitan a las partes a describir aspectos que inicialmente no eran parte del relato, permiten enfatizar ciertos puntos u obligan a pronunciarse sobre hechos que parecen tácitamente omitidos o simplemente pasados por alto. Cuando ello sucede, se amplía la perspectiva de opciones y alternativas, favoreciendo la degradación de las posturas intransigibles para dar paso a posibilidades más cercanas al pragmatismo que a la búsqueda del triunfo argumental.

Pero no cualquier pregunta es útil, ni tampoco cualquier interrogante puede ser planteada a discreción. El peligro de actuar a destiempo o de impertinencia se encuentra a la vuelta de la esquina. No perdamos de vista que una mediación no es más que un diálogo o una negociación profesionalizada y asistida a través del mediador, por lo que los matices comunicativos deben ser tenidos en cuenta durante todo el procedimiento. Así por ejemplo, durante la obra habrá quien se queje por ser requerido con más insistencia que el resto de sus compañeros, estará aquél que muestre desconfianza en el excesivo optimismo del mediador, o bien, por el uso de mecanismos de diálogo poco ortodoxos para la cultura corporativa de la empresa. Estos aspectos condicionan enormemente el momento y el tipo de preguntas que se puedan plantear a cualquiera de los sujetos.

Entonces, ¿Cómo preguntar? ¿Qué preguntar? ¿Cuándo preguntar? ¿A quién preguntar? ¿Por qué preguntar? Créanme cuando les digo que los interesados percibirán

si la pregunta carece de sentido y, por tanto, si el mediador actúa por necesidad de improvisar, sin comprender el planteamiento de las partes o sin tener una visión real del problema en cuestión. Sus preguntas serán reflejo de ello y si las partes poseen un mínimo de sentido crítico se lo harán saber. Así, las preguntas deben ir dirigidas, es decir, con un objetivo y no pueden ser triviales.

¿Qué preguntar?

En el mismo sentido, las interrogantes deben evitar suposiciones incorrectas: la versión de un interesado no debe ser base para construir el relato de su contraparte; lo normal o común no tiene por qué ser la regla de este conflicto particular; las preconcepciones de carácter moral o cultural no deben conducir el conflicto a un acuerdo conforme a los estándares del propio mediador. Las preguntas son útiles justamente allí donde es necesario romper un esquema del cual no tenemos certeza, para luego, reconstruir un nuevo mapa con la información que cada una de las partes nos provea. Esto no implica desestimar el manejo de hipótesis iniciales, se trata, por el contrario, de que el mediador no actúe con un sesgo de confirmación en aras a favorecer su propia perspectiva del problema.

En consecuencia, de diversas maneras las preguntas serán una herramienta útil. Primero, como herramienta de diálogo, yendo más allá del relato inicial que cada uno tendrá. Segundo, sirven al mediador para desvincularse de presupuestos no trazables dentro del conflicto, pues allí donde hay una suposición no comprobada, la interrogante actúa como contramuestra. La hipótesis no se basta a sí misma, sino que requiere a la pregunta para cobrar sentido factual.

En el caso de la obra de teatro a que hemos hecho alusión, las preguntas abren claroscuros que las partes preferirían obviar, ya deliberadamente o por desconocimiento. Ningún sujeto, ni el más empoderado, puede sostener la absoluta verdad de su propia posición y, por el contrario, aquello que a momentos se muestra prescindible se hace cada vez más esencial en la ficción conjunta. Es ahí cuando el rol esencial del mediador se ha cumplido, puesto que ha cambiado la narrativa del conflicto y las partes pueden disponer de él en forma distinta a como inicialmente lo concebían. Entonces comenzará realmente la negociación y como se aprecia en la

obra, el mediador pasará a un segundo plano, pues las partes estarán ciertas de sus reales posibilidades o alternativas. Todo, gracias a las preguntas, no a las respuestas. ■

Resolver conflictos en un mundo intercultural

Ya no es sorpresa para nadie: vivimos en un mundo intercultural. Ya sea por el efecto creciente de las tecnologías de la información y comunicación, la globalización, los diferentes tipos de migraciones globales y regionales, o la influencia del comercio internacional, continuamente nos vemos relacionados con personas y elementos culturales de distintas partes del mundo.

Por Marcelo Marzouka, Abogado de la Junta de Auditores de la Organización de las Naciones Unidas.

Cultura, conflicto y sistemas de justicia

Las formas de resolución de conflictos son expresión de los valores y prioridades de cada cultura, así como también de sus hitos fundacionales y traumas colectivos.

Es así como el sistema jurisdiccional inglés, se basa en el llamado *common law*, en el que el fenómeno de la positivación y codificación legal son reducidos, configurándose el derecho principalmente a través de los sucesivos casos particulares que se observan en el ejercicio jurisdiccional. Esto no significa que en este sistema no existan leyes: estas normas existen en el orden constitucional, procesal, penal, entre otros; pero su desarrollo no es tan extenso como lo es en el sistema del derecho continental, confiando fuertemente en el criterio de los jueces y en su capacidad de aplicar los principios de equidad. Lo anterior implica, que la jurisprudencia –siendo reiterada y persistente en un sentido claro, estableciendo una tendencia constante y lógica- tiene un verdadero poder como fuente de derecho, a la hora de la decisión judicial.

El sistema jurisdiccional francés, en cambio, se basa en las leyes positivas publicadas para su aplicación según sea establecido por el legislador. En este caso, el juez se limita a aplicar la ley (norma general y abstracta) a un caso particular, resultando en una sentencia judicial (norma particular y concreta). El juez posee un marco claro para su acción deliberativa, lo cual limita su discrecionalidad al momento de dictar sentencia. En consecuencia, en este sistema, la jurisprudencia se constituye como una fuente indirecta del derecho, pudiendo (o no) ser tomado en cuenta como un dato relevante, mas no como vinculante para el juez a la hora de fallar un caso.

Las diferencias entre ambos sistemas jurisdiccionales, pueden encontrarse en la historia político-jurídica de ambos países y en los principales hitos que configuraron su identidad jurídica.

En Inglaterra, el poder real estuvo limitado desde muy temprano por una nobleza muy empoderada, particularmente desde la Carta Magna de 1215, que limitó considerablemente los poderes del rey sobre la nobleza y fue condición para que estos últimos renovaran su gastada lealtad hacia el rey Juan "Sin Tierra". A pesar de su posterior anulación por el Papa Inocencio III, fue luego reivindicada y puesta en práctica.

Por otro lado, el fenómeno agrario de los *enclosures* (cercamientos), sucedido a partir de los siglos XV y XVI, significó un debilitamiento de la clase campesina. Al forzar la concentración de varios pequeños terrenos, anteriormente explotados por varios campesinos de forma colectiva, en manos de los nobles (quienes pudieron pagar para hacerse dueños de las tierras), se logró aumentar la producción agrícola nacional y facilitar el surgimiento de la producción industrial, pero a cambio, se produjo la pérdida de hogar y de fuente de trabajo de muchos de estos campesinos.

De esta forma, el poder de la autoridad real, que en ese entonces configuraba las decisiones del Estado, quedaría limitado, al tiempo que la mayoría campesina de la población quedaba neutralizada. En consecuencia, pareciera extinguirse en Inglaterra un espacio para la sospecha sobre el poder de discrecionalidad estatal, sino que se observaría una confianza en que los jueces (provenientes de la nobleza) ocuparían el *common sense* y los principios propios de la equidad al fallar, sin caer en la arbitrariedad.

En contraste, la historia francesa en la Baja Edad Media está marcada por la concentración del poder real, la que, al entrar en la Edad Moderna, sólo se vería acentuada con el Absolutismo y la figura de Luis XIV (conocido por su frase "El Estado soy yo").

Durante el Absolutismo, el rey quiso controlar completamente el poder que emanaba del Estado. En este sentido, y deshabilitando cualquier oposición política, traslada su Corte (la nobleza), al Palacio de Versalles, donde

pueden ejercer la menor influencia sobre sus territorios, neutralizándolos políticamente. De esta manera, los jueces se encontraron muy limitados en sus decisiones por la autoridad del rey.

Luego de la Revolución Francesa, era de esperar que el pueblo francés sospechara de la arbitrariedad del poder estatal y de la discrecionalidad de los jueces, sobre todo por parte de los burgueses y campesinos, quienes habrían desconfiado de los jueces pertenecientes al Antiguo Régimen. A lo anterior, debe sumarse el entusiasmo mostrado por los revolucionarios franceses, por el fenómeno de la codificación, comenzado filosóficamente unos siglos antes por Leibniz, pero concretada jurídicamente recién durante los inicios del siglo XIX con el Código de Luisiana y el Código Napoleónico. La codificación obedeció al ideal racionalista que intentó crear un instrumento que hiciera que el texto fuera tan claro y omnicomprensivo que cualquier persona de la sociedad sea capaz de saber las consecuencias jurídicas de sus actos. Esto se observa como otra limitación al potencial arbitrario de la decisión judicial. Nuevamente, se manifiesta la sospecha francesa de la discrecionalidad del actuar estatal; y se entrega una posible razón por la que la codificación no fue un proceso importante en Inglaterra.

Estos son algunos factores por los que el mundo anglosajón ha desarrollado con mayor facilidad y naturalidad la resolución de conflictos a través de la mediación: la confianza en el sentido común de los actores es mayor; mientras tanto, los europeos continentales (y, en consecuencia, los latinoamericanos), desconfiamos fuertemente del poder jurisdiccional y político, por lo que hay que delimitarlo estricta y claramente. ■

Negociaciones Interculturales: Más allá de los estereotipos¹

En enero de 1998, durante la primera reunión con Robert Eaton, presidente ejecutivo de Chrysler, Jürgen Schrempp, alemán que en ese entonces se desempeñaba como presidente ejecutivo de Daimler-Benz, sugirió la posibilidad de una fusión entre estas dos exitosas compañías. Una semana después, Eaton confirmó su interés en buscar una asociación entre ambas corporaciones bajo la condición de que fuera una fusión entre iguales. Schrempp aceptó con entusiasmo. Sin embargo, no todo fluyó tan fácilmente.

Traducido por Alfredo Silva. Investigador Colaborador del Programa de Negociación UC.

La nueva compañía que nació de estas negociaciones fue esencialmente alemana: se constituyó legalmente en Alemania, era dirigida por Schrempp, su casa matriz se encontraba en Stuttgart y fue bautizada como DaimlerChrysler en vez de ChryslerDaimler. Tiempo después, Schrempp admitió públicamente que le había prometido a Eaton una fusión entre iguales simplemente para asegurarse de que las negociaciones fluyeran. Todo el tiempo Schrempp se imaginó una adquisición y no una fusión.

Como consecuencia de las artimañas y mano dura de Schrempp, muchos trabajadores de Chrysler se formaron una imagen de él cómo el prototipo de invasor alemán. Mientras, el precio de las acciones de la nueva compañía se hundía, debido principalmente a sobrecostos de Chrysler, cuestión sobre la que algunos ejecutivos de Daimler se resistieron a intervenir para evitar alimentar el estereotipo de que los alemanes son arrogantes y sabelotodo, que Schrempp había contribuido a generar. Cuando Daimler finalmente decidió intervenir, nominó a un alemán a cargo del día a día de Chrysler, quien despidió a miles de trabajadores, lo que también fue visto como un acto autoritario.

La unión entre estos desiguales generó un espiral de caída libre. Después de varios años de turbulencias, Chrysler registró pérdidas por 1.5 billones de dólares el año 2006. Para el año 2009, Daimler se había separado por completo de Chrysler, la que en el corto tiempo buscó acogerse a las normas que regulan la reorganización de empresas en quiebra, siendo -finalmente- rescatada financieramente por el Gobierno de los Estados Unidos.

De estereotipos y sorpresas

Tanto durante como después de materializada la fusión, los trabajadores de Daimler y Chrysler demoraron demasiado tiempo en ajustarse a la cultura y costumbres de la otra compañía. Los alemanes son más jerárquicos, formales y metódicos que los relajados estadounidenses. Por su parte, los trabajadores de Daimler aparecían en las reuniones con gruesas carpetas con información y tomaban notas detalladas, mientras que los trabajadores de Chrysler preferían no tener una agenda definida y quedaban conformes con breves punteos. Esta idea de que los alemanes son formales y los estadounidenses son más relajados no hace más que confirmar la existencia de estereotipos de carácter cultural.

En este contexto, otras diferencias entre algunos grupos de trabajadores de estas compañías también resultaron ser muy llamativas: Los ejecutivos de Daimler ganaban mucho menos que sus pares, pero quedaban consternados con los extravagantes gastos de viaje de los ejecutivos de Chrysler. En tanto, los ejecutivos de Daimler encontraban extraño que, a pesar del aparente rechazo de los ejecutivos de Chrysler a darle importancia a los nombres de los cargos, en algunas oficinas tenían estacionamientos y cafeterías exclusivos para ellos, lo que producía una separación de los trabajadores de menor rango.

Cuando en una negociación la otra parte dice o hace algo que parece reflejar su cultura, es natural prestarle atención, pero no hay que olvidar que tal como ocurre con los miembros de nuestros mismos grupos culturales, se producirán situaciones inesperadas.

¹ Este artículo es una traducción y edición del artículo *Negotiating across cultures? Look beyond stereotypes* publicado en el reporte *Overcoming Cultural Barriers in Negotiation* del Programa de Negociación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, publicado durante el año 2015.

Una sobre valoración de los estereotipos nos impedirá darnos cuenta de importantes detalles de la estrategia negociadora de la otra parte. Además, el miedo a representar estereotipos negativos acerca de nuestra propia cultura podría llevarnos a actuar de forma poco natural o incluso antiética, como pudo haber sido el caso de Schrempp.

Es precisamente en contextos de negociaciones interculturales donde la doble contingencia -cada parte de la negociación tiene diferentes cursos de acción posibles que son desconocidos por la otra parte- cobra una relevancia aún mayor ya que las diferencias culturales hacen más difícil predecir cómo actuará la otra parte dentro de la mesa negociación.

Aumentando la inteligencia cultural

Es importante la capacidad de mejorar la llamada inteligencia cultural o habilidad para extraer sentido de contextos que nos son extraños, con el propósito de facilitar adaptarnos a los mismos. Algunas personas tienen la capacidad natural para darse cuenta acerca de si el comportamiento de alguien es único en él o está determinado por su origen cultural.

Se ha sostenido que las personas más exitosas en términos sociales dentro de un determinado grupo son las que tienen mayor dificultad para entenderse con personas que son culturalmente distintas a ellas, lograr adaptarse y que estas las acepten. Aparentemente, aquellos que brillan en su propia cultura son descolocados por situaciones que no les son familiares, mientras que aquellas personas que son más independientes de su propia cultura tienen menos dificultades adoptando los modos y lenguaje corporal que nuevos entornos les presentan.

Aunque algunas personas son culturalmente más inteligentes que otras, esta habilidad puede ser desarrollada intentando leer a otros en situaciones de baja tensión. Pensemos en los juicios que hemos emitido sobre personas a las que finalmente pudimos conocer mejor. Es probable que nuestra primera impresión sobre ellos haya cambiado con el tiempo y que la opinión inicial haya estado fuertemente influenciada por estereotipos o prejuicios que resultaron ser equivocados.

Construyendo relaciones de largo plazo

A diferencia de lo ocurrido entre Daimler y Chrysler en 1998, el acuerdo negociado ese mismo año entre la francesa Renault y la compañía de origen japonés Nissan, demostró ser

un acuerdo duradero en el tiempo. Esto, debido en gran parte a una 'casi milagrosa relación de complementariedad' como fuera descrita por el vicepresidente ejecutivo de Renault, Georges Douin. El enfoque de Renault en la innovación encajó con la aspiración de Nissan de quitarse la fama de fabricar autos aburridos y, por su parte, Nissan quería ingresar a Europa mientras Renault buscaba expandirse a Asia.

Además, el acercamiento lento y metódico con que ambas compañías abordaron su relación ayudó a construir una base sólida para generar la confianza y creatividad necesarias para enfrentar las diferencias culturales cruzadas que actuaron como un importante obstáculo en la fusión de Daimler y Chrysler. Los presidentes ejecutivos de ambas empresas se las ingenieron para generar confianza y armonía rápidamente, tal como lo hicieron los equipos inter-empresas creados para examinar el funcionamiento de cada una. La cantidad de información que estos equipos intercambiaron tempranamente fue extraordinaria, en una industria que es conocida por ser extremadamente celosa de ella. Ambas partes se dieron cuenta de la necesidad de entender el negocio de la otra con el objeto de determinar si una eventual asociación podría ser beneficiosa para ambas. Este es un ejemplo de la importancia de analizar a la otra parte y entender la negociación también desde su mirada.

Con el tiempo, Renault y Nissan alcanzaron un acuerdo poco convencional que les permitió estar juntas pero manteniendo las diferencias; ambas conservaron sus marcas como dos compañías separadas y al mismo tiempo trabajaron para identificar posibles sinergias entre ellas. Para el año 2000, Nissan -alguna vez complicada financieramente- obtuvo utilidades y continuó en ese camino hasta la crisis financiera global que afectó fuertemente a la industria automotriz el año 2008. Por su parte, la inversión que hizo Renault en Nissan se pagó sola y la compañía de origen francés mejoró su operación como resultado de la adopción de prácticas operacionales de Nissan.

Al contrario de la disposición de Schrempp para mentir con el objetivo de conseguir un acuerdo con Chrysler, Renault y Nissan pusieron importante atención a los intereses de la otra parte con el objeto de construir una relación duradera y de confianza. ■

Negociación: ¡Ocúpate de la doble contingencia, la percepción y la comunicación!

En la negociación, la doble contingencia consiste en que cada uno de los negociadores dispone de varias posibilidades de acción, entre las cuales debe decidir, momento a momento, la que prefiere. Al mismo tiempo, sabe que también la otra parte cuenta con una variedad de alternativas y desconoce cuál va a escoger.

Por Cristian Saieh, Director del Programa de Negociación UC

En la negociación, la doble contingencia consiste en que cada uno de los negociadores dispone de varias posibilidades de acción, entre las cuales debe decidir, momento a momento, la que prefiere. Al mismo tiempo, sabe que también la otra parte cuenta con una variedad de alternativas y desconoce cuál va a escoger.

En el desarrollo de la comunicación, ambas partes van dando a conocer sus posiciones y las razones que las sustentan. Intentan, además, conocer las posibilidades que tiene la respectiva contraparte. A partir de eso se proponen opciones, que permiten continuar negociando hasta lograr o no un acuerdo.

Un tercer concepto importante es el de percepción. Los seres humanos observamos tanto lo que nos rodea como nuestro propio interior. Notamos signos de preocupación, tensión, alegría, seguridad, molestia, etc. tanto en nosotros mismos como en la otra parte. A través de la percepción también buscamos interpretar la situación de nuestro interlocutor y sus intenciones.

La percepción no es lo mismo que la comunicación, pero la complementa, aportando informaciones que la otra parte no quiere dar a conocer. Sin embargo, la percepción requiere ser interpretada y existe la posibilidad de que haya malas interpretaciones. Además de esto, pueden percibir, interpretar y exponer opiniones quienes son solo observadores de una negociación y, por lo mismo, no participan en sus comunicaciones.

Caso Krassnoff

Pocos días atrás (octubre 2018), se produjo un confuso incidente en la Escuela Militar. En el acto de cierre de una competencia deportiva, entre antiguos egresados del plantel, el coronel Miguel Krassnoff Bassa hijo del condenado por

crímenes de lesa humanidad coronel (R) Miguel Krassnoff Martchenko, leyó una carta en la que este último agradecía haber sido invitado para participar, desde Punta Peuco, en estas actividades. Manifestó, además, que su padre era un héroe, injustamente condenado. Su intervención concluyó con los aplausos de algunos asistentes, lo que fue filmado y subido a internet.

El video fue ampliamente difundido y no se hicieron esperar las opiniones de los más diversos sectores. Algunos exigían al Gobierno degradar al director de la escuela por haber permitido un homenaje a un condenado por la justicia. Otros estimaban que se trataba del natural homenaje de un hijo a su padre.

No hubo negociación alguna, solo interpretaciones de lo percibido. El director de la Escuela Militar presentó su renuncia, por considerarse responsable de lo que ocurrió en dependencias bajo su mando. El comandante en jefe del Ejército señaló que el hecho ameritaba castigo y llamó a retiro al oficial cuya inesperada intervención generó el problema.

Si bien no hubo negociación ni correspondía que la hubiera, en este caso, la doble contingencia se observa en que: por una parte, el autor del discurso pudo haberse remitido solo a leer la carta sin emitir sus opiniones.

Ocupó, entonces, una instancia inadecuada, para actuar de manera no prevista. Por otra parte, quien autorizó el evento, no visualizó todas las posibilidades de acción que aquel tenía. No hubo, por tanto, consideración de las posiciones involucradas ni se esperaban los resultados de esta autorización. Tampoco se previó la percepción de la ciudadanía ni su reacción. ■

Esta columna se publicó originalmente en una columna de La Clase Ejecutiva de Emol durante noviembre del año 2018

Gendarmería: Una negociación larga y difícil

En la madrugada del viernes 9 de noviembre, se firmó el acuerdo entre autoridades del Ministerio de Justicia, Gendarmería y dirigentes del Frente de Trabajadores Penitenciarios, que puso fin al paro en que estos últimos se encontraban desde el lunes 5 de noviembre.

Por Darío Rodríguez, PhD. en Sociología de la Universidad de Bielefeld, Alemania.

La negociación fue extensa y difícil. Las conversaciones se iniciaron a fines de junio, cuando una intervención del ministro de Justicia impidió una inminente paralización de los funcionarios, dando inicio a una mesa de trabajo entre funcionarios y la directora de gendarmería, Claudia Bendeck, para encontrar soluciones en un plazo de 90 días.

¿Interlocutora válida?

Pasado dicho período sin llegar a acuerdo, los funcionarios desistieron de continuar trabajando con Claudia Bendeck, a quien ya no consideraban "interlocutora válida". Ella dejó su cargo y, en su lugar, fue nombrado Christian Alvial. El subsecretario de Justicia Juan José Ossa, se hizo cargo de la continuación del diálogo con los funcionarios, hasta que el 31 de octubre estos llamaron a paro a partir del lunes 5 de noviembre.

Las declaraciones de los funcionarios apuntaban a que no habían sido escuchados, que el Gobierno invisibilizaba su labor, que no eran considerados en pie de igualdad con otras instituciones públicas semejantes, como carabineros o las fuerzas armadas. Agregaban que, debido a falta de personal, debían cumplir extenuantes turnos de trabajo y que era preciso regularizar el acceso a retiro e ingreso a las plantas de funcionarios uniformados y no uniformados.

Por su parte, el Gobierno adoptó una postura dura. Hizo notar la ilegalidad del paro y anunció descuentos por los días no trabajados. En el Gobierno había, además, preocupación por la escalada del conflicto, que llegó a incluir una huelga de hambre. El día jueves 8 de noviembre se vivió una tensa jornada, en que se encomendó a carabineros desbloquear el paso desde la Zona de Seguridad y Tránsito del Centro de Justicia de Santiago hacia el Centro de Detención Preventiva Santiago I.

Negociación difícil

Este es un buen ejemplo de una negociación difícil. La amenaza de paro estuvo pendiente durante cuatro meses, en los que poco se avanzó en el camino del acuerdo y las posiciones se mantuvieron duramente. Si bien no hubo una interrupción de las conversaciones, la directora de Gendarmería fue rechazada como interlocutora por los funcionarios y hubo de abandonar su cargo. Había negociado alrededor de tres meses con los dirigentes de los trabajadores sin que estos sintieran que se acogían sus demandas más importantes.

Sucede en este tipo de negociaciones que cambien los representantes de las partes. A veces el cambio lo efectúan los propios representados buscando hacer una modificación en su estrategia de enfrentamiento del problema. En otras ocasiones, como la de Gendarmería, el cambio de un negociador es solicitado por la otra parte, al considerar que no ha sido tratada adecuadamente.

Parece evidente, en este caso, que Gendarmería tiene un claro interés en ser reconocida como una institución que desempeña una vital función para la ciudadanía. Siente no haber sido tratada con respeto y así lo hizo notar en sus pancartas. En ellas destacan frases como "dignidad para los gendarmes", "respeto a nuestros derechos". En las declaraciones de los voceros de los funcionarios hay numerosas comparaciones con carabineros a quienes consideran parte de una "institución hermana".

Este interés parece haber sido acogido por el Ministro de Justicia quien, al finalizar el conflicto, dijo que "El país debe reconocer en ellos (los gendarmes) su enorme aporte en un aspecto muy crucial en la vida". ■

Esta columna se publicó originalmente en una columna de La Clase Ejecutiva de Emol durante noviembre del año 2018.

Huelga en Valparaíso: Miremos los intereses en su dimensión temporal

El 2018 en la quinta región terminó marcado por el conflicto. En Valparaíso tuvo lugar un nuevo conflicto, esta vez distinto a la anterior "crisis de los cruceros" en donde los trabajadores portuarios abogaron por mejores condiciones laborales. En su momento, el conflicto escaló tanto, que incluso amenazó con suspender ya clásicas celebraciones de Año Nuevo, que tienen lugar en la costa. Finalmente, esto no sucedió y se logró llegar a un acuerdo. En la presente columna se analiza la forma en la que se arribó a dicho acuerdo, junto a los distintos elementos de este.

Por Marcelo Marzouka, Abogado de la Junta de Auditores de la Organización de las Naciones Unidas.

El día 19 de diciembre del año 2018 los trabajadores portuarios de Valparaíso dieron a conocer su rechazo frente a la propuesta de la empresa Terminal Pacífico Sur (TPS), generada a partir de un preacuerdo elaborado en conjunto con los ministros del Trabajo, y Transportes y Telecomunicaciones.

La propuesta incluía la conformación de una mesa de trabajo permanente, en la que participarían los trabajadores, la empresa y el Gobierno, para evaluar las condiciones laborales, el acceso a cursos de capacitación, un préstamo blando de parte de la empresa, y un bono por término de conflicto.

La huelga, iniciada el 16 de noviembre, significó la paralización de varias actividades portuarias de Valparaíso y pérdidas para el comercio y el turismo de la zona. Recientemente, los microbuseros amenazaron con paralizar a partir del viernes 21 de diciembre, motivados por los numerosos incidentes que se han registran en las calles de Valparaíso.

Un conflicto prolongado

Cabe recordar que el año pasado se vivió la llamada "crisis de los cruceros", que significó afectar a 3 mil los pasajeros de cruceros por el paro portuario en Valparaíso, con importantes consecuencias para el comercio de la región.

A ello se suma que a fines del mismo año también se incurrió en paralizaciones en los puertos nacionales, a partir del llamado de los trabajadores de la Unión Portuaria de Chile y que significó el cese de actividades por varios días en Iquique, Antofagasta, Caldera, Chañaral, Tocopilla, Huasco, Lirquén, Penco, Coronel, San Vicente, Talcahuano, Huachipato, Corral, Valdivia, Calbuco, Puerto Montt y Punta Arenas.

Este conflicto, entonces, se inicia con las tensiones acumuladas por la realidad laboral porteña, a lo que se suman las particularidades de los trabajadores eventuales. Más aún, debieron pasar varias semanas para que, en el conflicto actual, trabajadores y empresa negociaran, existiendo llamados incluso del alcalde Jorge Sharp. Lo anterior evidencia una deficiente gestión del conflicto y de los intereses, lo cual sorprende de la empresa TPS que el año 2015 recibió el premio de "Best First Job Employers".

No estamos viendo los intereses, de nuevo

Sin perjuicio del preacuerdo, la oferta de la empresa habría sido rechazada por las bases sindicales. Según señaló a CNN Chile Francisco Baez, secretario de uno de los sindicatos de trabajadores: "Por consenso se dijo anoche que la propuesta no iba a ser aceptada por los trabajadores".

Para mitigar los efectos de la huelga y de la disminución en los turnos de reemplazo, la empresa TPD habría ofrecido a los trabajadores que se reincorporaran un préstamo de \$350.000 y una gift card de \$200.000, además del aguinaldo, a la caja de mercadería que normalmente la empresa concede en estas fechas y al préstamo de \$200.000 al que pueden acceder los eventuales de Valparaíso en diciembre. Sin embargo, dichas ofertas no habrían tenido mayor efecto.

Lamentablemente, ninguna de estas medidas se hace cargo del punto clave en esta situación, que es la actual regulación de la modalidad de los trabajadores eventuales. De esta manera, los intereses subyacentes de los trabajadores se refieren a mayores garantías frente a la incertidumbre de esta modalidad de trabajo. Es por ello que una gestión integral del conflicto debiera hacerse con una mirada a largo

plazo, lo que pone en perspectiva nuevamente la importancia de la dimensión temporal del conflicto y de los intereses involucrados.

En ese sentido, el Ministro del Trabajo, Nicolás Monckeberg, reconoció la necesidad de revisar el trabajo eventual como modalidad de contratación, pues puede generar relaciones conflictivas en el ámbito laboral, dadas las diferencias que tienen con los trabajadores estables.

A medida que el mercado exige cada vez mayor dinamismo en las relaciones laborales (y como señala Richard Sennett, también en las relaciones personales), las instancias de flexibilidad laboral favorecen la adaptabilidad de trabajadores y empresas. Sin embargo, éstas esconden también el peligro de la precarización y discriminación arbitraria, desafíos frente a los cuáles el sector privado y las políticas públicas deben actuar.

El acuerdo

Finalmente, tras 35 días de movilizaciones se logró llegar a un acuerdo, el cual comprende un préstamo de \$550.000, una gift card de \$250.000, un aguinaldo de \$75.000 y una caja de mercadería. Estos beneficios debían estar entregados a más tardar el 24 de diciembre. Por distintos motivos, esto no sucedió, lo que hizo peligrar la estabilidad del acuerdo ante el riesgo de nuevas movilizaciones por los trabajadores que quedaron excluidos del pago de los beneficios.

Además, se aceptó la propuesta de realizar cursos de capacitación, los que contemplan un bono de \$375.000 a aquellos que los realicen, y se dispuso la creación de una mesa de trabajo que represente a los distintos estamentos involucrados.

En suma, las movilizaciones hoy finalmente han terminado. Las celebraciones de Año Nuevo se realizaron con normalidad, y paulatinamente vuelve a la normalidad la actividad portuaria. Sin embargo, el conflicto subsiste. La negociación realizada no fue capaz de dar certezas a los intereses de los trabajadores. La solución buscó dar una rápida solución al conflicto, pero como se vio con el incumplimiento de pago respecto a algunos trabajadores, las relaciones se han visto fuertemente dañadas. La ejecutabilidad del acuerdo aún es incierta, y la calma temporal. ■

Modernización al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la PAC temprana y los court annexed mediation

El proyecto de ley ingresado en julio del 2018 al Congreso que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental establece que los proyectos que busquen ser evaluados deben incluir una etapa de participación ciudadana temprana. Así, producto de este proceso de diálogo se deberá incorporar un documento llamado Términos de Referencia Ambientales, el que contendrá los distintos acuerdos que se hayan logrado. Este tendrá que ser evaluado por el Tribunal Ambiental competente para ser autorizado e ingresar posteriormente al SEA. De esta forma, surge la interrogante de determinar si un lugar que, históricamente y simbólicamente tiene una labor resolutoria de conflictos, es el idóneo para esta labor, o más bien, provocará una mayor incidencia en los conflictos socioambientales.

Por Gonzalo Pérez Cruz, Abogado LL.M. Departamento Legal Ambiental Orsini, Tagle & Yutronic Abogados.

El Proyecto de Ley ingresado al Congreso con fecha 27 de julio del presente año que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establece en su artículo 25° octies lo que sigue: *"Los proyectos o actividades en que la intención del proponente sea evaluarlos a través de un Estudio de Impacto Ambiental, deberán someterse a una etapa de participación ciudadana en forma previa a su ingreso al procedimiento de evaluación ambiental, lo cual deberá ser informado al Servicio de Evaluación Ambiental, y que tendrá por objeto generar un proceso de diálogo temprano entre comunidad y proponente, con la finalidad de generar un acta y eventuales acuerdos como resultado de dicha participación, todo lo cual deberá ser incorporado en un documento denominado **Términos de Referencia Ambientales**, los que servirán de base para la preparación y presentación del Estudio de Impacto Ambiental respectivo, que deberá someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme a las reglas de la presente ley."*

Señalados términos de referencia, deberán ser elevados en consulta al Tribunal Ambiental competente, según lo señala Artículo 25° decies.- *"Una vez protocolizados, los Términos de Referencia Ambientales, deberán ser **elevados en consulta al tribunal ambiental** competente para su autorización. Una vez autorizados, el documento protocolizado y la copia autorizada de la resolución del tribunal ambiental deberán ser presentados ante el Servicio de Evaluación Ambiental, para su registro y conocimiento, del cual se publicará su extracto en el Diario Oficial."*

Para ponernos en contexto y aclarar al lector de esta modificación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,

es necesario primero saber algunas consideraciones preliminares.

"El Servicio de Evaluación Ambiental -SEA- es el servicio público encargado entre otras cosas de aplicar la Ley 19.300 -Ley de Bases Generales del Medio Ambiente- la cual establece en algunos artículos que determinados proyectos deben ser evaluados ambientalmente. Las principales funciones del SEA son, entre otras, la de administrar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, proceso de evaluación sistémico que en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a la normativa vigente. Además, y como una de las funciones más importantes, está la de fomentar y facilitar la Participación Ciudadana -PAC- derecho de la ciudadanía de informarse de proyectos de cierta envergadura y de realizar consultas, las que obligan al SEA a dar respuesta (considerar) las observaciones ciudadanas y el derecho de reclamar para quienes consideren que sus observaciones no fueron debidamente consideradas"¹

1 El contenido de los TDR: a) La descripción de la propuesta inicial del proyecto o actividad; b) Una sistematización de las actuaciones efectuadas; c) Listado de los participantes o sus representantes, según corresponda; d) Las materias identificadas como de importancia ambiental por los organismos que participaron en la etapa y sus recomendaciones para la evaluación; e) Las preocupaciones manifestadas por los actores involucrados; f) El listado de comunidades identificadas en el área de eventual impacto de la propuesta inicial del proyecto o actividad; g) El resultado de la etapa de Participación Ciudadana Anticipada con sus eventuales acuerdos voluntarios;

El hecho de utilizar a los Tribunales Ambientales como revisores -especie de certificadores o notarios- de los Términos de Referencia (en adelante TDR), nos parece una decisión peligrosa, insinuando la existencia de un posible conflicto, errando en el Órgano revisor como sería el Tribunal Ambiental. La función principal de los Tribunales Ambientales es la de resolver conflictos ambientales. En el caso de la revisión de los Términos de Referencia, creemos se está utilizando de mala forma al órgano jurisdiccional, ya que, en el Proceso de Participación Ciudadana Temprana, no existe necesariamente un conflicto, lo que podría confundir a las Comunidades y Titulares de proyectos.

Como solución, creemos que un órgano autónomo, como un Servicio de Participación Ciudadana cercano a la comunidad, podría ser una alternativa distinta del órgano jurisdiccional, la que valide los TDR y en el evento de que a través de la PAC Temprana surja un conflicto, creemos que la Mediación "Court Annexed Mediation" o Mediación anexada a los Tribunales Ambientales, es un buen camino para fomentar la resolución de los conflictos a través de terceros imparciales, empoderando las posiciones, intereses, opciones y acuerdos de las partes en conflicto, de manera previa y obligatoria a los procesos jurisdiccionales, dando fuerza a las Comunidades y Empresas para resolver sus controversias de índole ambiental. ■

h) Las eventuales modificaciones efectuadas por el Proponente a su propuesta inicial de proyecto o actividad luego de la etapa de Participación Ciudadana Anticipada, incluyendo localización, diseño, tecnología u otros y; i) El aporte económico y social del proyecto definitivo que se va a presentar a evaluación, así como su contexto ambiental.

Características de la negociación en un conflicto socioambiental

Actualmente, a través de los instrumentos de gestión ambiental en Chile, existen deficiencias en la regulación de proyectos que generan impacto ambiental. Una de estas falencias es aquella que dice relación con el proceso de negociación y diálogo entre el titular de un proyecto ambiental y la ciudadanía. La reforma al SEIA innova al establecer una Participación Ciudadana temprana (PAC) permitiendo que el titular del proyecto pueda efectuar correcciones al mismo antes de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sin embargo, no se hace cargo de regular efectivamente el proceso de negociación.

Por Francisco Ribbeck González, Licenciado en Derecho UC.

Los conflictos socio ambientales, por su naturaleza presentan ciertas características particulares distintas de otros tipos conflictos. A continuación, se hará un análisis de esas características, a propósito de la última crisis ambiental de Quintero y Puchuncaví ocurrida en agosto de 2018.

1) La asimetría en el poder de negociación; El titular del proyecto por lo general tiene un mayor poder económico, que implica mejor asesoría técnica y jurídica, contactos e influencias, elementos que por lo general no posee la ciudadanía ni las organizaciones de la sociedad civil. Los reclamos de los vecinos de Quintero y Puchuncaví por sí mismos no tenían eficacia ante el poder del complejo industrial instalado en dichas localidades. Las medidas de gestión ambiental tomadas por los gobiernos durante los sucesivos períodos de crisis a través de los años (planes de descontaminación y recuperación, reducción de emisiones, monitoreo, etc.) que terminaron finalmente con la declaración de alerta sanitaria el pasado septiembre de 2018, la que se mantendrá hasta marzo de 2019, han sido siempre medidas reactivas destinadas a solucionar contingencias y que en lo absoluto han planteado siquiera un espacio de diálogo con los vecinos de las comunidades (Teniendo además presente que el asentamiento de las empresas en la zona es anterior a la creación del SEA en un contexto de prácticamente nula participación ciudadana). En ese sentido falta que la legislación empodere a los ciudadanos para equilibrar la balanza en las negociaciones. Un elemento clave es la asistencia jurídica a las comunidades, que hoy en día es brindada por ciertas organizaciones de la sociedad civil como FIMA, ONG Defensa Ambiental, clínicas jurídicas de ciertas universidades, entre otras, pero aún falta mayor participación del Estado, falencia que puede corregirse por medio de

la dotación de abogados ambientalistas en las unidades jurídicas de las municipalidades, incorporación de prácticas profesionales de derecho ambiental en la Corporación de Asistencia Judicial o la creación de una Defensoría Ambiental. Hoy esta asimetría sigue presente en la zona.

2) Consecuencias de una mala negociación; En una negociación civil o comercial las partes pueden enajenar y disponer libremente de lo suyo en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Por regla general, cuando una parte celebra un acto o contrato no genera consecuencias ulteriores, como una amenaza a uno de sus derechos o garantías constitucionales, sino a lo más una disminución de su patrimonio como consecuencia de un mal negocio o una pérdida aceptada. Sin embargo, en una negociación relacionada con un proyecto que genera impacto ambiental las concesiones recíprocas entre el titular y la comunidad pueden generar consecuencias muy diferentes según cuál sea la parte de la que se trate, ya que para el titular la consecuencia de una mala negociación será una disminución patrimonial, muy propio de la lógica de las relaciones civiles y comerciales (ej: pérdida de la inversión, capital, etc), pero las consecuencias de una mala negociación para la comunidad, además puede poner en riesgo, perturbar o incluso privar del ejercicio de derechos y garantías fundamentales, como el derecho a la protección de la salud y el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Lo sucedido en Quintero y Puchuncaví es un ejemplo patente de ello (caso extremo ya que aquí prácticamente no existió ningún tipo de negociación o injerencia de las comunidades), pues desde 1958 hasta hoy la zona ha sufrido un sinnúmero de problemas ambientales (ej: derrames de petróleo, intoxicaciones por metales pesados, contaminación del agua, saturación de

anhídrido sulfuroso y material particulado, etc.), que han traído consecuencias negativas, tanto para la salud de la población como la flora y fauna del lugar. Lo mismo ocurre con la producción de daño ambiental, tal como lo ocurrido en Petorca, donde la compra masiva de derechos de agua por parte de grandes proyectos agropecuarios a canalistas y pequeños agricultores generó una crisis hídrica que afectó a los cultivos de la zona. Con todo, aún existe un mayor número de intereses involucrados, por lo que, si llega a existir una vulneración de derechos, esta será respecto de una colectividad, lo que torna aún más complejo reestablecer el imperio del derecho.

3) Complejidad de la Participación Ciudadana (PAC); El titular debe negociar con las comunidades que se encuentran al interior del radio de influencia del proyecto, lo que por su misma dinámica puede generar complicaciones al tratar de aunar posturas al interior de las mismas y solucionar el surgimiento de disidencias. Es lógico que dichas disidencias puedan producirse, ya que en el caso de Quintero y Puchuncaví cada industria otorga a los vecinos del sector puestos de trabajo que les permiten subsistir día a día, y significan una importante fuente de desarrollo para la región, por lo cual resolver la problemática de convivir con un proyecto que, por un lado, causa problemáticas a la salud y el medio ambiente, y por otro, da trabajo a cientos de familias no resulta fácil. Por este motivo, el trabajo de los representantes locales y de los abogados se vuelve fundamental, tanto para acelerar el proceso de diálogo o dar certezas a los intereses de las partes. En este sentido, es de suma relevancia contar con la figura de un tercero imparcial que actúe como mediador o facilitador del diálogo, que pueda resolver incidentes y sea capaz de generar puntos de convergencia. Hoy esta figura no existe, de hecho, el encargado de conducir el diálogo es el proponente del proyecto, lo que resta imparcialidad al proceso, considerando que el titular es la parte de la negociación.

Hoy existen iniciativas como la del Ministerio de Energía, la que publicó una "Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía", en la cual indica que será él mismo a través de la División de Participación y Diálogo Social y las Seremis de Energía quienes asuman el rol de promover acuerdos sobre mecanismos de facilitación, asesorías o capacitación si las partes lo requieren, además de resolver controversias que puedan ocurrir a petición de las partes. Esto es un avance, pero no resuelve el problema en su totalidad, pues la idea es que no solo sea exclusivo de los proyectos de energía, sino que de todo tipo de proyectos que requieran pasar por el Sistema de Evaluación de Impacto

Ambiental. Otra iniciativa es la de Alianza Valor Minero quienes entregaron una propuesta al gobierno para crear un "facilitador de diálogo" que permita el encuentro entre las partes, lo que es significativamente un avance en este tema.

Esperemos que en la nueva reforma al SEIA se incorpore esta figura imparcial, ya sea como un mediador o facilitador, en lo personal creo que debiese ser el Estado a través del Poder Judicial o un órgano descentralizado de la administración quien asuma este rol, para garantizar así una mayor imparcialidad y objetividad en sus funciones.

La reforma al SEIA logra un gran avance en cuanto al aumento de la tecnificación y despolitización de la evaluación de proyectos, sin embargo, aún presenta falencias en cuanto a la regulación del proceso de negociación y participación ciudadana, que al parecer falta revisar con mayor detalle. Quintero y Puchuncaví son el reflejo de las consecuencias del desarrollo de grandes proyectos industriales sin la participación de las comunidades. Quizás, si desde un comienzo hubiese existido participación ciudadana con los estándares de acceso a la información y la debida asesoría que hoy pensamos que se debe tener, se habría evitado la saturación de la zona con complejos industriales, quizás habría más control en los procesos de producción y en las decisiones del gobierno corporativo, retroalimentación, iniciativas de responsabilidad social empresarial, planes de resguardo preventivos más que reactivos, disminución de enfermedades, en fin, resultados que habrían evitado o al menos mitigado las nefastas crisis ambientales de las cuales hemos sido testigos durante años en la zona. ■

Métodos alternativos de solución de conflictos en propiedad intelectual

La tecnología cada vez avanza más rápido que el derecho. Por lo tanto, Chile, en línea con una política de innovación y desarrollo económico, requiere de avanzar en propiedad intelectual y con mayor razón en la resolución alternativa de conflictos en esta materia teniendo un énfasis en el uso de tecnología para que su ejecución sea la más expedita posible. Sin embargo, la visión debe ser con perspectiva a largo plazo, que tenga por efecto un mejoramiento continuo de nuestro sistema de justicia y que, por consecuencia, Chile sea un país atractivo para inversionistas extranjeros en el rubro de la tecnología y la propiedad intelectual.

Por Aníbal Osorio, Licenciado en Derecho UC.

En el marco de la celebración de la quincuagésima octava serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) realizado en Ginebra, se estableció en el memorándum de entendimiento el objetivo de promover y divulgar los procedimientos alternativos de solución de controversias, en materia de propiedad industrial, firmándose un acuerdo entre INAPI y el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI.

Formación de árbitros y mediadores especializados en propiedad intelectual

El acuerdo considera la provisión de forma conjunta de información, asistencia logística y técnica, en la materia. Además, la identificación y formación de árbitros y mediadores especializados en propiedad intelectual, radicados en Chile.

Es por ello, que la formación profesional de abogados deberá hacer un cambio, dejando en el pasado la pedagogía enfocada en preparar abogados litigantes, para pasar a formar licenciados en derecho con preparación para ser mediadores y árbitros, con las competencias suficientes para resolver conflictos de una dificultad elevada, justamente por su carácter técnico, al deber especializarse en propiedad intelectual. Desafío que Chile deberá afrontar como país, pues tarde o temprano será una necesidad, en la medida que avanzan las políticas por ser el "Silicon Valley de Sudamérica", lo que va en línea con políticas de modernización del Estado, creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, entre otras.

Lo importante, es entender que promover los métodos alternativos de solución de controversias en propiedad

intelectual, al estar directamente relacionada con la innovación, es una inversión que el país debe asumir, pues así, Chile disminuirá la extrema judicialización de los conflictos, disminuyendo los costos y enriqueciéndonos culturalmente como país, al asumir que la colaboración que se genera a través de los métodos alternativos de solución de controversias es la mejor manera de resolver conflictos en esta materia.

Transformación digital

Paralelamente, la delegación chilena de INAPI en la reunión de las Asambleas de los Estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sostuvo una serie de reuniones bilaterales con las más altas autoridades de oficinas de propiedad industrial: Australia, Brasil, Canadá, China, Estados Unidos, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea - EUIPO; Oficina Europea de patentes -EPO, Reino Unido y Trinidad y Tobago.

En dichas instancias, INAPI compartió los avances locales en materia de transformación digital, el desarrollo de nuevos buscadores de marcas y el motor de búsqueda de imágenes, entre otros importantes temas que formaron parte de la agenda.

Lo cual deja en manifiesto, el carácter internacional que tiene la propiedad intelectual como área del derecho, siendo un escenario ideal para mostrar los avances de nuestras políticas por modernizar nuestro país.

Es por ello, que Chile debe poner sus mayores esfuerzos en mantenerse a la vanguardia respecto a las soluciones modernas que se entregan a este tipo de controversias. Para lo cual la tecnología deberá facilitarlos, por lo que sería

importante crear una plataforma de mediación y arbitraje, que no requiera de comparecencia física, facilitando y acelerando la resolución del conflicto de sus usuarios, independiente de su ubicación geográfica.

Así lo han hecho con plataformas digitales en Estados Unidos, a través de los conocidos Online Dispute Resolution (ODR), donde la única experiencia similar en materia de propiedad intelectual ocurre con NIC Chile, aplicado para conflictos relacionados con el registro de nombres de dominio, utilizando el arbitraje como método para resolver conflictos.

En conclusión, Chile debe avanzar profundamente en la resolución alternativa de conflictos y ésta debe ser

aplicada a todas las áreas en que sea posible. Para lo cual es necesario tener en miras la tecnología como facilitadora de su aplicación. En efecto, sí la tecnología siempre ha avanzado más rápido que el derecho, y ésta se hace cada vez más veloz, el derecho debe apurarse para no quedar atrás y poder dar una efectiva solución a los conflictos.

Pudiendo así avanzar por el mejoramiento continuo de nuestros métodos de justicia, fomentando siempre la aplicación del mecanismo más adecuado para cada caso, donde la transformación digital facilite el desarrollo a una sociedad más justa y a la vez moderna. ■

Programa de Negociación UC se sumó a la iniciativa Mediación en Red Chile

La red reúne a académicos y profesionales de 17 universidades del país, Facultades de Derecho, y al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio.

Con la presencia del Ministro de Justicia, Hernán Larraín, el ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, y de decanos de 17 facultades de derecho, se realizó la ceremonia de lanzamiento de Mediación en Red Chile durante mayo del 2018. Esta iniciativa busca promover este método de solución de controversias a nivel nacional, masificando su uso como ocurre en los países desarrollados.

En la Red participan las siguientes Universidades: Adolfo Ibáñez, Alberto Hurtado, Austral, Católica de Chile (a través del Programa de Negociación UC), Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso Central, de Chile, de Los Andes, de Talca, de Tarapacá, de Valparaíso, del Desarrollo, Diego Portales, Las Américas y San Sebastián. A esas entidades académicas se agrega el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago).

El propósito general de Mediación en Red Chile es colaborar en la promoción, diseño y desarrollo de políticas públicas de mediación y otros medios adecuados de resolución de conflictos. La agrupación contará de un Comité Ejecutivo integrado por cinco miembros, que designará a su presidente entre ellos. A este Comité se suma un Consejo Consultivo Académico y un Cuerpo Consultivo de Apoyo Internacional.

El Ministro de Justicia, Hernán Larraín celebró la iniciativa manifestando que se trata de "un tema de interés para el país y una muy buena noticia desde la perspectiva de la gente, porque termina con un sistema binario en que uno gana y otro pierde, la mediación ofrece opciones distintas para resolver controversias y construir una forma distinta de lograr justicia".

En tanto, el Ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, manifestó que se trata de una iniciativa que "está en la senda correcta, ya que históricamente el Estado se ha apropiado del conflicto y nos plantea un sistema en que las partes exponen a un tercero que resuelve". Muñoz agregó que las personas actualmente quieren sistemas en que puedan participar de la solución de sus conflictos, sistemas colaborativos en que la mediación constituye una valiosa herramienta.

La actividad, además contó con la exposición del experto internacional, abogado y mediador argentino, Francisco Diez, quien en su presentación hizo referencia a la experiencia de la Red de Mediación en Argentina y expuso algunos elementos centrales del proceso de mediación, así como de sus ventajas en la resolución de conflictos y los desafíos que se enfrentarán en ésta iniciativa, conforme a la experiencia de otros países de la región.

Evo: Un problema de expectativas

Durante los últimos años las relaciones entre Chile y Bolivia han sufrido a propósito de la judicialización de los conflictos existentes entre ambos países. A fines del año 2018 se dio a conocer el fallo de La Haya respecto de una de las disputas que mantenía a los dos países en litigio. Bolivia llevó a cabo un importante despliegue comunicacional y mediático encabezado por el mandatario del país trasandino, que finalmente se encontró con una derrota.

Por Cristian Saieh, Director del Programa de Negociación UC.

El pasado 1 de octubre de 2018 se conoció la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya (CIJ) respecto la demanda interpuesta por Bolivia contra Chile, la que rechaza la pretensión de la demandante en cuanto a la existencia de una obligación de negociar por parte de Chile.

Los días previos estuvieron marcados por un intenso despliegue comunicacional. Bolivia buscó inteligentemente fuentes de poder para lograr una situación favorable a su pretensión. Preparó exhaustivamente todas las aristas del caso, y buscó distintos aliados en su causa; tales como distintos países o personalidades, como el Papa Francisco. Además, intentó hacer uso de su BATNA o plan B, buscando durante largo tiempo llegar a un acuerdo negociado, lo que finalmente no ocurrió.

Sin perjuicio de los esfuerzos realizados por el país altiplánico, el resultado fue finalmente favorable para nuestro país. Si bien había confianza en la solidez de los argumentos jurídicos chilenos y en el vigente del Tratado de 1904, pocos previeron un resultado tan favorable, toda vez que existieron al menos dos factores que agregaban tensión e incertidumbre al asunto:

1. La anterior experiencia con la CIJ, referente a la demanda marítima entablada por Perú, en la que el fallo otorgó más de 50 mil kilómetros cuadrados de mar a Lima, pese a haber reconocido la validez de gran parte de los argumentos chilenos. Por ello dicho fallo fue calificado de políticamente correcto y salomónico.
2. Chile opuso excepciones preliminares apuntando a la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda boliviana, las que fueron finalmente rechazadas por la CIJ, situación que fue percibida como un primer triunfo boliviano.

El fallo, vino a poner término –al menos en lo jurídico–, a un conflicto que fue puesto en el centro de la agenda política del presidente boliviano. Sin embargo, las relaciones entre ambos países se han visto enrarecidas luego de cinco años de litigación internacional, que produjeron un daño en la relación y confianza mutua entre ambos países.

En consecuencia, los resultados de esta sentencia van más allá de lo jurídico. El próximo año hay elecciones presidenciales en Bolivia y, evidentemente este conflicto internacional marcará las decisiones que tomará en adelante. Hace pocos días, se conoció la decisión del Tribunal Supremo Electoral, que habilita al actual presidente Evo Morales a postular a la reelección para su cuarto periodo presidencial, sin embargo, durante febrero del año 2016 el pueblo boliviano votó en contra de esta posibilidad. La comunidad internacional, y el pueblo boliviano han percibido esto como un acto que atenta contra la democracia, por carecer de legitimidad constitucional.

Luego del fallo, vinieron las declaraciones del canciller boliviano, Diego Pary, quien señaló que Bolivia no tiene ninguna obligación que cumplir con el mismo. Estas declaraciones olvidan el peligro de desconocer los criterios legítimos en las negociaciones –en este caso el fallo–, pues son justamente estos los que permiten llegar a acuerdos razonables para las partes en las negociaciones difíciles. En este sentido, en base a dichos criterios legítimos, hoy Chile cuenta con un criterio irrefutable para poner fin a la controversia territorial.

Así las cosas, pareciera que Bolivia sigue manteniendo una estrategia de negociación competitiva, aún a pesar de una sentencia adversa, de un tratado ya firmado que invalida su pretensión y de una nula legitimidad jurídica en sus argumentos. A esto, se suma la posibilidad de que el

actual presidente Evo Morales, sea reelecto nuevamente, lo que supone también, el desconocer criterios de legitimidad propios dados por la Constitución boliviana.

Todo esto, propicia un escenario incierto respecto del futuro del desarrollo del conflicto entre ambos países, toda vez que el actuar del país trasandino parece ir encaminado a seguir una agenda personal en desmedro del ordenamiento jurídico. La opinión del pueblo boliviano no se ha hecho esperar: abundantes protestas, daños al patrimonio público y privado, y una baja en las encuestas de popularidad podrían dar por terminada las aspiraciones del actual mandatario para este año. ■

Esta es una adaptación del artículo publicado originalmente en El Diario Financiero. Contó con la colaboración de Felipe Martínez, Coordinador de Investigación del Programa de Negociación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El Acuerdo de Escazú

Chile fue uno de los principales impulsores del Acuerdo de Escazú. Como uno de los países que se ven más afectados con el cambio climático, nuestro país dio muestras de preocupación, asumiendo el consecuente liderazgo en la etapa de negociación del acuerdo. Llegada la fecha para firmar y ratificar el tratado, Chile no lo firmó. De esta forma, se perdió el liderazgo alcanzado hasta este punto, y se dan confusas señales respecto a la importancia que tiene para la agenda nacional la conflictividad socioambiental. Posteriormente, se dio a conocer que Chile será el anfitrión de la COP25, a propósito del Acuerdo de París.

Por Cristian Saieh, Director del Programa de Negociación UC.

Comunicación y confianza

Además del fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, durante este año nuestro país ha estado involucrado en otro importante tratado internacional. Se trata del llamado "Acuerdo de Escazú", iniciativa de la que Chile ha sido uno de los principales impulsores y que busca establecer estándares comunes en materia de derechos humanos y medioambiente, entre los países de América Latina y el Caribe.

El objetivo de este tratado es permitir la participación de las comunidades en las decisiones sobre proyectos cuyo impacto ambiental las pueda afectar. En este sentido, busca garantizar la transparencia de la información pertinente y asegurar que las personas puedan recurrir a la justicia en caso de que sus derechos se vean amenazados. También se trata de proteger los derechos humanos de defensores del medio ambiente, muchos de los cuales han sido duramente reprimidos cuando su labor se ha tornado difícil para los interesados en el éxito del proyecto.

Para que todo esto sea posible, el tratado considera el necesario apoyo, así como la asistencia técnica y jurídica gratuita para sectores de la sociedad más débiles y vulnerables, debido a razones diversas, tales como etnias minoritarias y pueblos indígenas. Con este apoyo, puede hacerse efectiva la participación de estos grupos excluidos en la toma de decisiones, respecto al uso y manejo de los recursos naturales y la protección de su propio medio ambiente. Todo esto se enmarca en términos de hacer que toda la población se comprometa tras un desarrollo sostenible y duradero.

Después de años de conversaciones, en marzo de 2018 se logró llegar en Escazú, Costa Rica, a un tratado que debería

ser definitivamente ratificado y firmado, en Nueva York, el 27 de septiembre de 2018. Un hecho sorprendente, en este contexto, fue que Chile decidió postergar su firma y revisar las condiciones internacionales que este tratado podría implicar para nuestro país, como posibles demandas ante la CIJ de La Haya.

La reacción de sectores interesados en la protección del medio ambiente e importantes personajes políticos indica que Chile perderá su importante rol como impulsor de este tratado que, además, parece especialmente apropiado en un conflictivo momento de contaminaciones y daños ambientales. Se menciona los casos de Quintero y Puchuncaví, donde ya se han presentado problemas de salud para los miembros de la comunidad derivados de la operación tóxica de industrias que no conviven respetuosamente con sus vecinos ni han contribuido a la definición de las causas del problema ni a formas de solucionarlo. También se ha aludido a las empresas agroexportadoras que en Petorca han sido acusadas de usurpar el agua, dejando sin suministro a quienes viven allí. Los numerosos problemas causados por las salmoneras en el extremo sur que han devastado el fondo marino dejando sin recursos a las poblaciones costeras. Por otra parte, recientemente el Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes, aprobó el uso de tronaduras para la extracción de carbón en Isla Riesco, pese al enorme rechazo expresado por las comunidades de la zona. Chile es uno de los cinco países con más conflictos socioambientales en el mundo, y hasta ahora, la situación no parece menguar.

En este sentido, se observa una actitud que produce incertidumbre en relación a la actitud que adoptará Chile en esta materia. Por ejemplo, la Alianza Valor Minero en su

propuesta de política pública "Institucionalidad de Diálogo Territorial", como también el Ministerio de Energía en su proyecto +Energía (2018), ponen de manifiesto la necesidad de contar con herramientas que faciliten el diálogo en sus etapas más tempranas, siguiendo justamente los criterios y lineamientos del tratado –específicamente en su artículo séptimo establece el deber de promover instancias de diálogos adecuadas, así como también de realizar esfuerzos para involucrar a los grupos en situación de vulnerabilidad de manera activa, oportuna, y efectiva-, sin embargo, el proyecto de ley que "Moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" (Boletín 11952-12), recibió reparos por parte de la Corte Suprema en relación a que establece plazos muy breves para que terceros puedan reclamar ante los efectos negativos que les produzca la ejecución de un proyecto con posible impacto socioambiental. Pareciese que se están siguiendo simultáneamente dos caminos que no parecen ser compatibles.

Por otra parte, recientemente tuvo lugar en Polonia la vigésimo cuarta versión de la Conferencia de las Partes (COP), en donde se logró llegar a acuerdo sobre un conjunto de normas para la aplicación del Acuerdo de París. Otro de los acuerdos interesantes de la COP fue la determinación de la sede para la próxima: Chile. Indudablemente, el ser sede de un evento de tal relevancia pone de manifiesto la intención de Chile por continuar siendo uno de los líderes en este proceso.

Más allá de la polémica, esto es algo que puede suceder en negociaciones largas con amplios horizontes en los que pueden surgir elementos que no habían sido avizorados y que adquieren súbita relevancia por hechos aparentemente lejanos. La doble contingencia de la negociación implica que posibilidades que no habían sido consideradas y que, incluso, ni siquiera habían sido vistas, pueden adquirir notoriedad y pasar a ser decisivas. Sin embargo, es importante también mostrar consecuencia en el desarrollo de las negociaciones, pues de lo contrario, se pierde confianza. No es necesario que Chile la siga perdiendo. ■

Esta columna se publicó originalmente en una columna de La Clase Ejecutiva de Emol durante noviembre del año 2018 y contó con la colaboración de Marcelo Marzouka, Abogado de la Junta de Auditores de la Organización de las Naciones Unidas.

Los intereses según Donald

La península de Corea se convirtió el año 1950 en uno de los primeros espacios de enfrentamiento de la Guerra Fría. Veintisiete años después de la caída de la Unión Soviética, la península se mantiene como fuente de inestabilidad regional y global. Esta inestabilidad se alimenta, entre otros factores, de la ausencia de un tratado de paz entre los beligerantes, de la naturaleza impredecible del régimen norcoreano y del desarrollo por parte de este último de capacidades nucleares.

Por Sergio Espejo Yaksic, Investigador Colaborador del Programa de Negociación UC.

La contundente crítica a que ha sido sometida la cumbre realizada el 12 de junio de 2018 entre el presidente de Estados Unidos, Donald Trump, y el líder norcoreano Kim Jong Un, vuelve interesante evaluar estas conversaciones desde el prisma de la negociación. Especialmente cuando uno de los actores involucrados se ha definido públicamente como un maestro en el arte de alcanzar buenos tratos¹. Por razones de espacio² concentraré el análisis en el rol que en mi opinión jugaron en esta cumbre los denominados “intereses ocultos” del presidente Trump, por sobre el interés nacional de Estados Unidos.

La península de Corea se convirtió el año 1950 en uno de los primeros espacios de enfrentamiento de la Guerra Fría. Veintisiete años después de la caída de la Unión Soviética, la península se mantiene como fuente de inestabilidad regional y global. Esta inestabilidad se alimenta, entre otros factores, de la ausencia de un tratado de paz entre los beligerantes, de la naturaleza impredecible del régimen norcoreano y del desarrollo por parte de este último de capacidades nucleares.

Intereses y despliegue de poder

La administración norteamericana ha demandado reiteradamente el desmantelamiento permanente, verificable e irreversible del programa de armas nucleares de Pionyang³. Con ello, busca satisfacer el interés de eliminar

- 1 Ver “The Art of the Deal”, de Donald Trump y Tony Schwartz, Random House, 1987.
- 2 Un análisis más detallado será publicado en Anuario de Negociación 2019 del Programa de Negociación de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- 3 Ver entrevista de Martha Raddatz a John Bolton, Asesor de Seguridad Nacional de Estados Unidos, en programa “This Week”, ABCnews, domingo 13 de mayo de 2018, www.abcnews.go.com.

la probabilidad de un ataque directo contra territorio norteamericano, resguardar la seguridad de sus aliados en la región (Corea del Sur y Japón) y contener potenciales avances en la influencia y poder relativos de China.

En el caso norcoreano el interés nacional se confunde con el interés del régimen dinástico y autocrático de Kim Jong Un. El objetivo tras estas negociaciones es impedir un ataque militar que destruiría el régimen, así como dotar de legitimidad internacional y proyección en el tiempo a este último.

En el corto plazo, el acuerdo alcanzado por las partes en Singapur resultó exitoso en alejar el riesgo de un conflicto bélico. A cambio de garantías de seguridad, Estados Unidos obtuvo el compromiso de Kim de trabajar por la completa desnuclearización de la península coreana y repatriar inmediatamente los restos de caídos en combate durante la guerra de Corea cuyas identidades han sido establecidas.

Corea del Norte obtuvo lo que buscaba. Estados Unidos no puede decir lo mismo.⁴ En el mediano y largo plazo los problemas son evidentes.

Peligro en acuerdos ambiguos

En primer lugar, el presidente norteamericano conceptualizó la cumbre y las negociaciones en ella como un evento único, auto contenido, sin hacerse cargo de las implicancias en el tiempo de sus decisiones. Pese al historial norcoreano de no respetar sus compromisos, Trump definió como indicador de éxito de las negociaciones la mera expresión de voluntad del dictador norcoreano. Aún más, pese a que el interés norteamericano – la desnuclearización norcoreana – sólo puede satisfacerse en el tiempo, el acuerdo no consideró mecanismos de verificación ni seguimiento. Al suspender los ejercicios militares que periódicamente

4 “Kim Jong Won”, The Economist, June 16th-22nd 2018.

realiza su país junto a Corea del Sur, Trump debilitó además su capacidad disuasiva futura para hacer cumplir el acuerdo si es que, una vez más, Pionyang escogió el camino del incumplimiento.

Contrariando un estándar básico en materia de negociación, la necesidad de evitar acuerdos ambiguos susceptibles de controversias en el futuro, el texto firmado por las partes estableció términos que admiten interpretaciones diversas. Al establecer como objetivo la desnuclearización de la península coreana, Estados Unidos podrá argumentar que ello significa el fin del programa nuclear norcoreano. Sin embargo, esa misma expresión es la que ha utilizado históricamente Corea del Norte para demandar el retiro de las fuerzas militares norteamericanas de Corea del Sur, cuestión no puesta sobre la mesa por su contraparte.

Representantes y representados

¿Cómo entender tamaño desacierto? Mi hipótesis es que, como ocurre en muchas negociaciones realizadas a través de un representante, en este caso la agenda de éste sustituyó los intereses de los representados.

Sostengo que la cumbre no debe ser evaluada a la luz del interés de los Estados Unidos, sino desde el interés personal de Donald Trump: ganar las elecciones de medio período en noviembre próximo. Para lograrlo ha buscado consolidar y fortalecer su base electoral. Ello demandaba relanzar su imagen de líder efectivo y negociador hábil, debilitada por una sucesión de fracasos políticos domésticos, alejar el riesgo de un ataque contra territorio norteamericano, así como evitar el involucramiento de tropas y equipamiento bélico en una zona alejada y en medio de conflictos que buena parte de la opinión pública no comprende⁵. Ese es el interés que el presidente de Estados Unidos parece haber defendido, no el interés nacional en los términos definidos al inicio de este texto. Al reiniciar además el proceso de repatriación de restos de americanos caídos en la Guerra de Corea, suspendido hace diez años, obtenía asimismo un triunfo altamente simbólico para las influyentes organizaciones de veteranos y para el personal militar de su país.

El éxito de la estrategia descansa, sin embargo, de la disposición de Kim Jong Un a cumplir sus compromisos de buena fe. Supuesto que, todo indica, ya no se ha cumplido. Depende también de la intensidad del debate público que este cambio en la política exterior norteamericana provocaría, el que como era previsible se ha visto amplificado por la competencia política rumbo a las elecciones de noviembre.

5 "Demolition man", The Economist, June 9th-15th 2018.

Mientras tanto, no puede dejar de preocupar el reconocer, en el presidente de la principal potencia global contemporánea, el mismo espíritu con que Luis XIV afirmara hace más de tres siglos y medio que "el Estado [y sus intereses, diremos nosotros] soy yo". ■

La mediación en el conflicto entre inversionista y Estado

El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico ha tenido más de un inconveniente en su tramitación. En primer término, estuvo configurado e influenciado fuertemente por Estados Unidos, país que con la elección de Trump se bajó de la mesa de negociación. Esto terminó modificando el escenario y los alcances esperados del tratado, además de disminuir a once los países miembros. Una vez que se cumplieron los requisitos, entró en vigor el 30 de diciembre del 2018. Sin embargo, aún son importantes las críticas que se le hacen a este Tratado, que aún no es ratificado por Chile.

Por Nicolás Frías, Subdirector del Programa Reformas a la Justicia UC.

Luego de que este fuese firmado en nuestro país a comienzos de año, tuvieron que pasar ocho meses hasta que Australia ratificara el Tratado, sumándose a la lista de países que ya lo habían hecho (México, Japón, Canadá, Nueva Zelanda y Singapur), de manera tal que empezó a correr el plazo de 60 días dispuesto en el mismo para su entrada en vigor, la que se materializó así el 30 de diciembre recién pasado. Chile, por su parte, aún no lo ha ratificado. Una de las razones es la multiplicidad de críticas de las que ha sido objeto.

La primera de ellas, dice relación con los mecanismos que el Tratado prevé para resolver los conflictos que tengan lugar entre un inversionista y un Estado parte ("Investor-State Dispute Settlement"). Estos cobran relevancia, por ejemplo, toda vez que un Estado realice algún cambio normativo de manera soberana, que pueda causar perjuicios a los intereses de un inversionista extranjero. Buscando fomentar las inversiones, los Estados, en un intento por dotarlas de un marco de certeza jurídica, han ratificado tratados que suelen otorgar jurisdicción a un tribunal ad hoc para que resuelva las controversias que puedan tener lugar entre ellos y los inversionistas. Este tipo de conflictos no son aislados, ni tampoco una novedad. Por ejemplo, en Alemania hace algunos años se tomó la decisión de abandonar la energía nuclear, la cual estuvo motivada principalmente por el desastre de Fukushima en Japón. Esta decisión, que en el caso obedece a la soberanía propia del Estado alemán, fue percibida como un acto expropiatorio por parte de los inversionistas, quienes liderados por la firma sueca generadora de energía Vattenfall, dedujeron demandas por al menos 20.000 millones de Euros, a fin de obtener un resarcimiento proporcional al daño que les habría producido el cambio normativo.

Bajo este contexto, la tendencia en las negociaciones internacionales ha sido incorporar mecanismos de solución

de controversias que permitan proteger de mejor manera a las empresas e inversionistas en sus relaciones con estados y dotar a ambas partes de mecanismos más eficaces y eficientes para resolver dichas diferencias. Este desarrollo ha permitido fortalecer la certeza jurídica para los inversionistas y potenciar la competitividad de los estados como receptores de inversiones. Actualmente, se ha señalado que los TLCs y APPRIls deberían tender a incorporar mecanismos de solución amistosa como paso previo o complementario al arbitraje internacional para la solución de controversias inversionista-Estado¹.

Así, el desarrollo de métodos adecuados de resolución de conflictos en esta área ha sido paulatino y significativo². En efecto, en algunos tratados se incluye la posibilidad de intentar resolver las diferencias mediante mediación, como ocurre en el TLC entre Chile y Colombia³, y en el nuevo acuerdo de libre comercio entre Canadá y la Unión Europea (Comprehensive Economic and Trade Agreement o CETA). Por otra parte, la International Bar Association (IBA Investor-State Mediation Rules), la Corte Internacional de Arbitraje de 2014 (ICC Mediation Rules) y en menor medida normas especiales del propio Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), se han hecho cargo de las dificultades hasta aquí planteadas y han adoptado también este mecanismo. Por último, el Instituto Internacional de Mediación (IMI), una de las principales entidades acreditadoras de mediadores en

- 1 Otero H., La solución amistosa de controversias inversionista-estado, *Acuerdos: Revista de Derecho Económico Internacional*, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia.
- 2 *Mediation of Investor-State Conflicts*. Note. 127Harvard Law Review 8, 2014, Op. Cit., p 2551.
- 3 Castillo Y., La mediación en la solución de controversias inversionista-Estado, ¿en dónde está Colombia?, CIAR-Global.

asuntos internacionales y comerciales, publicó en septiembre de 2016 un documento en el que propone criterios para el desempeño de los profesionales que intervengan en el proceso de mediación Inversionista-Estado.

De esta forma, la mediación se posiciona como una importante alternativa para hacer frente a los desafíos que plantean los conflictos entre inversionistas y Estados, permitiendo, por una parte, fortalecer la certeza jurídica, mediante el resguardo de la confianza y los legítimos intereses de ambas partes, y por otro, establecer un mecanismo que permite salvaguardar la soberanía de cada Estado. Dotando así a las partes un mecanismo flexible, que les entrega la oportunidad de salvaguardar sus intereses -los que, por la habitual envergadura de estas disputas, son altamente estratégicos- y también evitar los altos costos -principalmente los económicos, pero también los intangibles- asociados a someter una controversia de esta naturaleza a un procedimiento judicial o arbitral. ■

II. TRABAJOS ACADÉMICOS

En esta sección se recopilan publicaciones tanto de miembros del equipo del Programa de Negociación como de colaboradores externos que han querido hacerse parte de esta revista.

Hacia un modelo integral de política pública para la mediación: Un análisis de las instituciones sectoriales de mediación¹

Dra. Liliana Guerra

Subdirectora de Docencia. Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: ldguerra@uc.cl.

Carlos Frontaura

Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: cfrontau@uc.cl.

Cristián Saieh

Director del Programa de Negociación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: csaieh@uc.cl.

Nicolás Frías

Subdirector del Programa Reformas a la Justicia UC. Santiago, Chile. Correo electrónico: njfrias@uc.cl.

Marcelo Marzouka

Abogado de la Junta de Auditores de la Organización de las Naciones Unidas. Correo electrónico: mcmarzouka@uc.cl.

Benjamín Astete

Subdirector del Programa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: bastete@uc.cl.

¹ Esta investigación fue realizada en el marco de la XIII versión del Concurso de Políticas Públicas 2018, y fue publicada en el Libro: Propuestas para Chile 2018. El equipo docente agradece al Centro de Políticas Públicas UC por todo el apoyo brindado durante la investigación.

Resumen

Este estudio, de carácter cualitativo, tiene como objetivo proponer un sistema integral de mediación para el país, que permita unificar criterios, principios y procedimientos, así como promover un sistema multipuertas de acceso a la justicia. Esto, porque si bien la mediación en Chile ha tenido un desarrollo importante en diversas materias, su regulación aún se caracteriza por la dispersión y falta de sistematización, siendo incorporada en diversos cuerpos legales que no atienden a una política pública coherente que fomente la implementación de este mecanismo, con las ventajas que conlleva.

Para el logro de los objetivos, se utilizaron como técnicas de recolección de información, la revisión bibliográfica de textos y legislación pertinente, nacional e internacional, el análisis de fuentes secundarias y entrevistas semiestructuradas a actores clave. El análisis de la información se realizó a través de análisis de contenido y como forma de validación se utilizó la saturación de los discursos.

En cuanto a los resultados, la propuesta contiene cinco lineamientos. El primero de ellos apunta a crear unidades de mediación especializadas (hoy inexistentes) para resolver conflictos patrimoniales, vecinales, penales y medioambientales, en los diversos tribunales del país. En el segundo, se sugiere crear una comisión coordinadora del sistema de mediación y resolución adecuada de conflictos. El tercer lineamiento apunta a generar una ley general de mediación. En el cuarto, se impulsa la elaboración de un plan nacional de mediación y finalmente el quinto lineamiento se refiere a la formación y educación continua que deben tener los mediadores, considerando siempre el ámbito en el que se desempeñan.

Introducción

El conflicto emerge en toda situación social en la que se comparten espacios, actividades, normas y distintos tipos de poder y es inherente a la vida en sociedad. En el conflicto se presentan diferencias de intereses, valores, necesidades entre dos o más partes –personas, grupos, organizaciones o estados– que dificultan la resolución de un problema (Centro de Seguridad Urbana y Prevención SC, 2014). La mediación surge como un mecanismo de resolución de conflictos voluntario, desformalizado, no adversarial y flexible, en que un tercero imparcial capacitado asiste a las partes, facilitando la comunicación entre ellas, con el objetivo que éstas identifiquen sus intereses y construyan cooperativamente

una solución a la disputa (Link, 1997). Sus principales virtudes se refieren a que son las partes, con la colaboración del mediador, quienes identifican los intereses que conforman la causa del conflicto y buscan sus propias soluciones. Esto permite construir acuerdos más estables y satisfactorios para ellas, que no tengan un impacto nocivo en sus relaciones –ya sean familiares, personales, comerciales, laborales u otras–. Su participación en el proceso, incluso puede colaborar en el fortalecimiento de su capacidad para comunicarse y resolver futuros conflictos, produciendo los efectos propios de la mediación transformativa². Además, la mediación suele ser un mecanismo de resolución de conflictos que involucra menores costos y tiempo para los implicados, así como para el sistema en su conjunto. De alguna forma, la mediación pretende superar las visiones unilaterales del conflicto que las partes tienen, para que nazca una salida nueva y original, que todos perciban como propia. Otra característica que ha sido reconocida es la confidencialidad de la mediación, que permite proteger a las partes involucradas (en el entendido que el contenido del mismo no será público y lo discutido durante el proceso no podrá utilizarse en un eventual juicio), y de esta manera, crear un ambiente idóneo y propicio para que ellas puedan expresar el conflicto (Ríos et al., 2012).

Lo anterior contrasta con la respuesta unidimensional que entrega la vía judicial tradicional al fenómeno del conflicto, donde el juez debe atenerse a lo solicitado por el demandante, a la forma en que fue pedido y a los hechos probados y, de esta forma, fallar atendiendo únicamente a la legislación, mas no necesariamente según los intereses de las partes, que comúnmente conforman las causas reales de la disputa. Es especialmente crítico lo anterior, dado que normalmente el fallo o la sentencia judicial se obtiene años después de iniciado el proceso, por lo que se presentan disociaciones entre “lo pedido” por las partes en esa oportunidad temporal y aquello que solucionaría mejor los intereses de las partes al momento del fallo³. Asimismo, las sentencias suelen implicar que una de las partes gane y la otra pierda, sin posibilidad de encontrar un lugar mutuamente satisfactorio.

2 Sobre la mediación transformativa, ver Folger, Joseph y Barauch Bush, Robert (2014) “Transformative Mediation: a Self-Assessment”, 2 International Journal of Conflict Engagement and Resolution, 20

3 La duración promedio de un procedimiento ordinario en la Región Metropolitana, desde la interposición de la demanda hasta la sentencia definitiva, es de 821 días; excluyendo los tiempos de duración en segunda instancia (Centro de Estudios de Justicia de las Américas; 2011)

Por otro lado, el carácter adversarial del litigio implica el deterioro o el rompimiento definitivo de las relaciones entre las partes, con un costo muy alto y difícil de prever. Lo anterior, toda vez que los procesos judiciales demandan considerables recursos humanos, económicos y emocionales para las partes y para el sistema de administración de justicia, y no todos los conflictos requieren una solución adjudicativa a través de la sentencia de un juez, pues existe una amplia gama de controversias que pueden ser solucionadas de manera cooperativa entre los implicados, lo que además permite descongestionar los tribunales (Soletto, H. y Fandiño, M, 2017).

La mediación tiene diversos ámbitos de aplicación; siendo los más conocidos el familiar, laboral, ambiental y escolar; pero también se puede utilizar para resolver problemas comunitarios, vecinales e incluso penales, como asimismo en o entre organizaciones tanto públicas como privadas e internacionales, entre otros (De Armas, 2003).

Comparativamente, y sin perjuicio del desarrollo que ha tenido la mediación nacional en diversas materias, su regulación aún se caracteriza por la dispersión y falta de sistematización, siendo incorporada en diversos cuerpos legales sin atender a una política pública coherente que fomente la implementación de este mecanismo, con las ventajas que conlleva. Es por ello que resulta necesaria la investigación sobre la factibilidad de desarrollar un sistema integral de mediación, con el objetivo de establecer principios, criterios, requerimientos y/o procedimientos comunes, que permitan entregar mayor certidumbre y confianza en cuanto a su funcionamiento.

Dado que la presente investigación pretende analizar la aplicación de la mediación en diversas materias, con el fin de delinear una política pública integral para el mecanismo, que aúne criterios y permita articularlo con un sistema multipuertas de acceso a la justicia, se ha delimitado el estudio a aquellos ámbitos en que la mediación está institucionalizada o en los cuales la gestión de los conflictos ha tenido un impacto relevante en el funcionamiento del sistema judicial. Lo anterior, sin perjuicio del valor de la mediación como mecanismo, puesto que sus beneficios sociales exceden a la utilidad que tiene su aplicación o incorporación de manera formal en el sistema de justicia.

Objetivos:

Objetivo General: Proponer un sistema integral de mediación para Chile, que permita unificar criterios, principios y procedimientos, así como promover un sistema multipuertas de acceso a la justicia.

Objetivos Específicos:

- 1) Analizar el estado de la mediación en Chile como método alternativo de solución de conflictos en las diversas materias del Derecho nacional.
- 2) Analizar los modelos de mediación en Latinoamérica, España, Australia, Gran Bretaña y Estados Unidos.
- 3) Identificar posibilidades de integración de los modelos de mediación en las materias patrimonial (civil y comercial), laboral, familiar, medioambiental, penal, escolar y de salud en Chile, que permitan generar un sistema integral de mediación aplicable a estos asuntos y, posteriormente, a otros.

Metodología:

El enfoque metodológico que asume esta investigación es de carácter cualitativo. Para ello se efectuó una revisión bibliográfica de textos y legislación pertinente, nacional e internacional, así como también se realizó análisis de fuentes secundarias, a través de la revisión de las bases de datos existentes respecto de los usuarios de los sistemas de mediación. Lo anterior se llevó a cabo con la información disponible con la que cuenta la Dirección del Trabajo, los Tribunales de Familia, la Superintendencia de Salud y la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado. Para complementar la información, se realizaron entrevistas semiestructuradas a actores clave.

El análisis de la información se realizó a través de análisis de contenido.

Los criterios para la selección de la muestra de los entrevistados fueron: contexto relevante, es decir los entrevistados debían pertenecer a instituciones que ofrecieran servicios de mediación; accesibilidad, lo que significó que existiera la posibilidad de acceder a ellos con relativa facilidad y representación; en este caso, se utilizó el criterio de selección estratégica de casos, procediendo según pauta de muestreo teórico, donde se escogieron las unidades de estudio de acuerdo a los atributos definidos en los objetivos.

Con el fin de asegurar que la investigación contara con el suficiente criterio de validez, se recurrió a la saturación de la información. De esta forma, la muestra para las entrevistas estuvo compuesta por quince entrevistados: cuatro directores, jefes de unidad o similares cargos, de las instituciones que ofrecen servicios de mediación; dos mediadores de estas instituciones; ocho mediadores-académicos dedicados al

tema de resolución de conflictos; y un Ministro de la Corte Suprema.

Antecedentes y Diagnóstico

El estado del arte de la mediación en Chile y su desarrollo es muy diverso en las distintas materias. Por ejemplo en materia de derecho del trabajo, la mediación laboral es llevada a cabo por la Dirección del Trabajo (DT) y tiene amplia aplicación⁴. Por su parte, en materia de familia, la mediación está a cargo de mediadores particulares licitados o de la Corporación de Asistencia Judicial; es obligatoria para ciertos asuntos⁵, de manera previa a recurrir a los Tribunales de Justicia. En materia de salud, la mediación está contemplada respecto de aquellos reclamos por un daño en salud ocasionado a partir de una atención otorgada por un prestador institucional público, o por alguno de sus funcionarios. Es realizada a través de mediadores del Consejo de Defensa del Estado o ante mediadores registrados ante la Superintendencia de Salud, y constituye también una instancia previa y obligatoria para recurrir a los tribunales.

En el ámbito comercial, hasta ahora no está regulada⁶ y son instituciones privadas las que proveen este servicio, como es el caso del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. En asuntos de los derechos de los consumidores, la legislación vigente contempla un mediador financiero independiente para determinados conflictos. Por otro lado, el año 2011 el Ministerio de Justicia instauró las Unidades de Justicia Vecinal (UJV) como una forma de facilitar el acceso a la justicia, implementándose un mecanismo multipuertas y valiéndose de métodos compositivos como la mediación y la conciliación y adjudicativos como el arbitraje. En este mismo sentido, en diciembre de 2015 el Pleno de la Corte Suprema aprobó la creación de los "*Centros de Justicia Ciudadanos*", proyecto que tiene como propósito acercar la justicia a las comunidades y fortalecer la mediación.

De esta forma, podemos observar la heterogeneidad existente en nuestro país en cuanto a la mediación, dependiendo de la materia que se trate.

4 El año 2015, la mitad de las causas laborales finalizó con un método compositivo de resolución de conflictos.

5 Casos de pensión de alimentos, cuidado personal de los hijos (tuición) y relación directa y regular con los hijos (régimen de visitas).

6 Sin perjuicio de las referencias contenidas en el Código Civil relativas al contrato de transacción (artículo 2446 y siguientes) según fuera expuesto en el primer informe de avance de este estudio.

Principales Resultados

1- Experiencia internacional

Desde hace más de una década, la Unión Europea (UE) ha incentivado la mediación como puerta de acceso a la justicia a través de distintos instrumentos internacionales, tales como las Recomendaciones R (86)12 del Consejo de Ministros de los estados miembros de la UE, relativo a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo en los Tribunales; la R (98)1 del Consejo de Ministros, sobre la Mediación Familiar; y la Directiva Europea 2008/52/CE, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (García y Vásquez, 2013). Al respecto, destacan por su avance los países del Reino Unido. En Estados Unidos y Australia cuentan con tradición y desarrollo de la mediación, lo que se observa en su legislación e instituciones. En Latinoamérica, la introducción de los métodos colaborativos de resolución de conflictos ha ido difundiéndose a partir de la década de 1980 y 1990 en países como Argentina y Chile (Ríos, 2016). Sin embargo, la figura de la mediación no ha sido objeto de un tratamiento homogéneo a nivel regional o global.

A continuación, se presenta una tabla que resume la regulación de la mediación existente en algunos países, observándose que, en muchos de ellos, la legislación inicialmente consideró este mecanismo en materias laborales o de familia, para luego pasar a tener una normativa general. Asimismo, se señalan los organismos públicos y privados que regulan o coordinan la actividad de mediación, y quiénes entregan los servicios. Los países fueron seleccionados por el desarrollo que han realizado en la mediación, lo que puede dar luces respecto de políticas exitosas y fallidas al respecto.

Tabla 1. Regulación e institucionalidad existente en países seleccionados

	Regulación	Institucionalidad
España	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 15/2005: modifica el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento, incorporando la mediación. - Ley 5/2012 y Decreto 980/2013: regula la mediación en asuntos civiles (familia y patrimonial) y mercantiles, y articula marco general para su ejercicio. Contiene Estatuto del Mediador (requisitos para ejercer) y Títulos sobre procedimiento y ejecución de acuerdos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Poder Judicial la contempla en sus procedimientos, pudiendo prestarla directamente o permitiendo mediadores externos. Existe un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.
Inglaterra y Gales	<ul style="list-style-type: none"> - Mediación contemplada en las Civil Procedure Rules. 	<ul style="list-style-type: none"> - Servicio de Mediación en el Ministerio de Justicia (asuntos de menor cuantía). - Mediadores particulares inscritos en Consejo de Mediación Civil -sistema de acreditación y registro para mediadores particulares- (mayor cuantía).
Estados Unidos	<ul style="list-style-type: none"> - Incorporada en materia laboral (1975). - Uniform Mediation Act (2001): uniforma criterios y principios para ejercicio de la mediación. 	<ul style="list-style-type: none"> - Estado de California: Presente en materias de familia y en civil (en la Small Claims Courts y la California Rules of Court). Existe un programa de mediación en cada tribunal, pudiendo nombrarse mediadores internos o externos a éstos. - Distrito de Columbia: La Corte Superior de Justicia cuenta con un sistema multipuerta de solución de conflictos (Multi – Door Dispute Resolution Division of the DC Superior Court), a cargo de un Director, que constituye una Casa de Justicia con múltiples alternativas de resolución de conflictos y programas, en que los casos son remitidos a la apropiada vía o “puerta” de solución. El sistema contempla un Centro Comunitario de Información y Remisión (Community Information and Referral Center) que presta asesoría a los residentes del Distrito para que encuentren la mejor manera de resolver sus disputas.
Australia	<ul style="list-style-type: none"> - Contemplada como mecanismo desde la Supreme Court Act (1935). - Durante década de 1980 se incorpora en regulaciones de familia, inmobiliario y medioambiente. - Mediation Act (2005) establece principios generales y un sistema de registro de mediadores. 	<ul style="list-style-type: none"> - Consejo Consultivo Nacional para la Resolución Alternativa de Disputas (NA-DRAC), a cargo de establecer estándares de práctica, éticos y para la formación de éstos y del sistema de acreditación (National Mediator Accreditation System, NMAS), a través de organismos de acreditación. - Existen también instituciones privadas, como el Institute of Arbitrators and Mediators Australia y la Australian Mediation Association. - En materia civil, el servicio de mediación es prestado por privados, tales como ex oficiales del poder judicial, abogados y otros profesionales con conocimiento y experiencia según el objeto de la disputa. También ejercen como mediadores funcionarios del Poder Judicial, que llevan a cabo las llamadas court-annexed mediations. En algunas jurisdicciones, como en el Estado de Victoria, también los jueces pueden actuar como mediadores.
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 24.573 (1995) se adopta la mediación obligatoria, excluyendo algunas causas civiles, causas penales y quiebra. Establece principios para la mediación. Se le ha criticado que entorpecería el otorgamiento de justicia al incluir conflictos que no son aptos de resolver mediante este procedimiento. - Ley 26.589 de Mediación y Conciliación (2010), establece principios, un procedimiento y un sistema de registro y acreditación. 	<ul style="list-style-type: none"> - El Registro Nacional de Mediación incluye mediadores, centros de mediación, profesionales asistentes y entidades formadoras. - Mediación es prestada por privados inscritos en el Registro Nacional.

Uruguay	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución Política de la República (1830) ya consideraba la necesidad de una instancia de conciliación previa al juicio. - Código General del Proceso considera mediación previa y obligatoria para materias de familia, arrendamiento, vecindad, laboral, entre otras. Excluye VIF. - Contemplado en la Ley de Presupuestos Nacionales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Corte Suprema crea 5 Centros Pilotos de Mediación (1995) y una Oficina Coordinadora (1997). - Sistema mixto entre mediadores privados y mediadores del Poder Judicial (Jueces de Paz, 2009).
Perú	<ul style="list-style-type: none"> - Su regulación se remite a la conciliación: Conciliación Extrajudicial Obligatoria (1997) para salud, laboral y familia. Se excluyen materias penales, siendo facultativa en cuanto a la reparación civil derivada de delitos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Jueces de Paz, establecidos durante la época colonial y aún vigente. - Mediación radicada en funcionarios del Poder Judicial; salvo en materia de salud, respecto de la cual el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud presta el servicio.
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento constitucional. - La normativa regula la conciliación. - Ley de Conciliación (1991) establece principios, procedimiento y requisitos para ser conciliador. - Incorporada en diversas materias: civil, familia, laboral, escolar, penal y vecinal. 	<ul style="list-style-type: none"> - Conciliadores privados, inscritos en Centros de Conciliación de Universidades y autorizados por Ministerio de Justicia. - Jueces de Paz: Líderes comunitarios reconocidos que median conflictos vecinales. - Casas de Justicia (2000): Centros de información y prestación de servicios de resolución de conflictos, establecidos en ciertas zonas especialmente para temas comunitarios, indígenas y de familia.
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> - Ley N° 7727, sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (1998), sistematizó la aplicación de la mediación y a partir de la cual se estableció un Programa Nacional de Centros de Resolución Alternativa de Conflictos, dependiente del Ministerio de Justicia y Paz. 	<ul style="list-style-type: none"> - Mediadores públicos y privados. - Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos, alojada en el Poder Judicial, presta servicios para materia laboral, familia y penal. - Programa Nacional de Centros de Resolución Alternativa de Conflictos, dependiente del Ministerio de Justicia y Paz, regula y registra instituciones privadas. - Casas de Justicia como centros de mediación comunitaria (desde 2000).
México	<ul style="list-style-type: none"> - Ley de Justicia Alternativa para el Distrito Federal (2008), establece principios generales para los mecanismos colaborativos y los casos de procedencia de la mediación en materia civil, mercantil, familiar y penal. No existe mediación previa y obligatoria. - Existe un proyecto de Ley Federal de Justicia Alternativa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se inicia en el Estado de Quintana Roo (1997) con un Centro de Asistencia Jurídica del gobierno estatal. - Ley de Justicia Alternativa faculta a los jueces del Distrito Federal para que ordenen a las partes a acudir al Centro de Justicia Alternativa para mediación. Dichos Centros son dependencias del Tribunal Federal correspondiente, que cuenta con autonomía técnica y de gestión y son coordinados por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la República Mexicana.

*Elaboración propia⁷.

7 Elaborada a partir de: Bergin, P.A., 2012; Cámara de Comercio de Bogotá, 2017; Castrillón, E., s/f.; Civil Mediation Council, 2018; Conforti, F., 2009; Corti, G. y Facelli, M.T., 2009; González, N., 2014; Hidalgo-Salas, D. et al, 2016; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005; Johnson, A., 2011; Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, 2006; Silva, P., 2013; Zhang, Y., 2015..

En la experiencia comparada, se observa la relevancia que adquiere un adecuado sistema de registro de mediadores e instituciones formadoras, así como una tendencia a proveer los servicios de mediación a través de mediadores privados y públicos, relacionados con los tribunales de primera instancia y coordinados a través de unidades en el Poder Judicial, aunque también existen comisiones y programas de coordinación desde los respectivos Ministerios de Justicia.

2- La mediación en Chile

La mediación en Chile se ha desarrollado en distintas materias, las cuales cuentan con distintos niveles de desarrollo institucional. A continuación, se presenta una síntesis del desarrollo de la mediación en Chile en diversas materias.

a. Materia laboral: Siendo una materia jurídica en constante reforma, el derecho del trabajo ha desarrollado la mediación de forma importante, contemplándola en diversas instancias: 1) La mediación propiamente tal, denominada voluntaria, que puede ser individual (artículo 486, inciso sexto, del Código del Trabajo) o colectiva (arts. 344 y 378 y siguientes del mismo Código); 2) los Buenos Oficios durante la negociación colectiva reglada, actualmente equiparada a una mediación obligatoria (arts. 351 y 370); y 3) la mediación por derechos fundamentales, específicos o generales (del procedimiento de tutela laboral del artículo 486, inciso sexto, que puede ser individual o colectiva).

A través de los Centros de Conciliación y Mediación, la Dirección del Trabajo realizó para el año 2016 un total de 2.984 mediaciones (cifra en la que incluye buenos oficios y mediación por vulneración a derechos fundamentales), obteniendo un acuerdo entre las partes para el 53,9% (Dirección del Trabajo, 2016). Los datos de este mismo organismo muestran una importante satisfacción de los usuarios del sistema de mediación, con una alta valoración respecto de la imparcialidad y dirección de las reuniones (Dirección del Trabajo, 2011). Además de estas instancias ante la Dirección del Trabajo en tanto órgano administrativo, el Código del Trabajo contempla la conciliación ante los Juzgados del Trabajo en el procedimiento de aplicación general (art. 453, n° 2) y en el procedimiento monitorio (art. 497). En estas instancias, el juez debe proponer las bases para un posible acuerdo, que las partes pueden o no aceptar. Sin perjuicio de ello, es sabido que, en la práctica, las bases propuestas para el acuerdo, son para el juez un buen indicador de cómo podría fallar en su sentencia, lo que genera un incentivo no debido, a aceptar lo propuesto por

aquel. Al respecto, para el año 2016, de las 367.774 causas ingresadas a los Juzgados del Trabajo, un 41,8% se resolvió por conciliación, y un 10,9% por avenimiento entre las partes (Instituto Nacional de Estadísticas, 2016). Se observa entonces una alta frecuencia, efectividad y satisfacción usuaria con la mediación y la conciliación en materia laboral.

Estas cifras contrastan con la percepción de tres de los entrevistados, quienes señalaron un desconocimiento, desconfianza y deslegitimación de la mediación, entre las partes y entre los abogados, lo que contribuye a que este método sea visto con bajas expectativas de un buen resultado, como un trámite necesario para el juicio.

b. Materia de familia: Con más de diez años de vida, la mediación familiar se organiza en torno al Sistema de Mediación Familiar del Estado. Se licitan los servicios de mediación cada cuatro años a mediadores y empresas de mediadores tratando de optimizarlos mediante parámetros de selección que incluyen diversos requisitos. Uno de los pilares del Sistema Nacional de Mediación Familiar es el Registro de Mediadores Familiares, administración que corresponde a cada Secretaría Regional Ministerial de Justicia y Derechos Humanos. Este registro está compuesto hasta el 2016 por 3.290 mediadores a nivel país, de los cuales el 85% corresponden a mujeres mediadoras, predominando como profesiones de base la de asistente social (40%), abogado (16%) y psicólogo (14%) (Salazar, 2016). A partir del año 2008 y con la reforma a la ley de ese año, se establece mediación previa al juicio, obligatoria en derecho de alimentos, cuidado personal del menor y relación directa y regular. La administración y ejecución del sistema ha estado a cargo de la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

A partir del año 2014, se modifica la forma de contratación y pago de los servicios de mediación, desde una modalidad de contratación y pago por causa, con énfasis en el resultado, a un sistema de contratación por jornada mediador, con un monto máximo de pago mensual por servicio; además de la incorporación de mejoras en los criterios de evaluación técnica de los mediadores. Lo anterior ha contribuido a mejorar el sistema de incentivos económicos de los mediadores licitados, pero los entrevistados coinciden en que se mantiene la sobrecarga de causas y las bajas remuneraciones de los mediadores éstos, los cuales constituyen problemas relevantes del sistema.

Entre julio de 2015 y octubre de 2016, se ha atendido un total de 294.424 causas principalmente referidas a alimentos (56,8%), relación directa y regular (30,58%) y cuidado

personal (12,39%). Por otra parte, de las 577.352 causas terminadas en Juzgados de Familia, un 38,9% lo hicieron por mediación, y un 47,3% lo hicieron por algún método autocompositivo (mediación, conciliación o avenimiento). Lo anterior muestra la extensión del uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos en materias de familia (Instituto Nacional de Estadísticas, 2016). Sin perjuicio de esto, "si bien la descongestión en el ingreso de causas a tribunales se ha producido y existe una tasa de acuerdos de casos mediados razonable, existe la percepción [...] que dicha congestión se ha trasladado a la fase de cumplimiento de los acuerdos, ya que se trataría de convenios muy precarios que terminan judicializándose" (Correa, 2014), por lo que urge apuntar hacia la mejora en la calidad de los acuerdos en materia de familia.

c. Materia de salud: La mediación por daños en salud fue establecida en la ley 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud (GES), teniendo como objetivo desjudicializar los conflictos sanitarios, estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa al juicio. Al respecto, cabe distinguir que, cuando la acción judicial civil es dirigida a prestadores públicos, la mediación es encargada al Consejo de Defensa del Estado; mientras que, cuando la acción judicial civil es dirigida a prestadores privados, o se interpone un reclamo por incumplimiento de alguna de las garantías de oportunidad, cobertura, financiamiento, calidad y acceso, la mediación recae en alguno de los mediadores registrados en la nómina de la Superintendencia de Salud. Para Lagos (2011), el propósito del establecimiento de la mediación obligatoria en salud fue la de facilitar la viabilidad del Sistema de Garantías Explícitas en Salud (GES).

La mediación realizada por la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, tiene una tasa de acuerdo del 20,9% (2015) del total de las mediaciones realizadas. Mientras tanto, la mediación realizada por la Superintendencia de Salud, tiene una tasa de acuerdo del 12,3% (2015) del total de las mediaciones realizadas. No obstante, es importante considerar que en esta materia existen algunos factores que podrían incentivar el no suscribir acuerdos de mediación, incluso cuando el conflicto ya haya sido solucionado (Lagos, 2011). Estos factores serían: la entidad de los daños (casos de muerte o invalidez definitiva); la existencia de trámites administrativos pendientes; la prolongación en el tiempo de los efectos del acto; la existencia de un sistema de seguros para los médicos involucrados, cuyas pólizas muchas veces sólo operan contra sentencia definitiva judicial. Si bien el porcentaje de acuerdos alcanzados parece ser acotado, para

el año 2011 sólo 10,7% de los reclamantes que no llegaron a acuerdo iniciaron acciones judiciales civiles indemnizatorias, luego de pasar por un proceso de mediación (Consejo de Defensa del Estado, 2011). En materias de salud no se produce el fenómeno de judicialización del conflicto y éste suele solucionarse a través de la mediación, o bien, las partes renuncian a ejercer una acción civil indemnizatoria. Lo anterior permite afirmar que la ley 19.966 ha cumplido el objetivo de contribuir a desjudicializar los conflictos en salud (Lagos, 2011; Rodríguez, 2011; Barría, 2015).

Por otro lado, los usuarios de la mediación en salud muestran una alta valoración del servicio: 100% de los prestadores de salud la valora positivamente, al tiempo que 85% de los reclamantes considera de calidad la atención recibida (Consejo de Defensa del Estado, 2011).

d. Materia patrimonial (civil y comercial): En Chile no existe ningún tratamiento orgánico o institucional de la mediación de conflictos patrimoniales, sean civiles o comerciales. El único marco normativo indirecto que se aplica a la mediación comercial corresponde a las reglas del contrato de transacción contenidas en el título XL del Libro IV del Código Civil. En segundo lugar, dispone ciertas reglas relacionadas a la buena fe que debe existir dentro del procedimiento de mediación (artículos 2447 y 2450 al 2452 del mismo cuerpo legal). En tercer lugar, siguiendo con la aplicación del principio de buena fe, los artículos 2454 a 2459 establecen diversos casos que se sancionan con la nulidad del contrato de transacción. Por otra parte, es preciso indicar que la ley limita la renuncia de las acciones judiciales únicamente a las de naturaleza civil, subsistiendo las que sean penales. Esto puede tener incidencia en el ámbito de la mediación penal, también llamada "justicia restaurativa", tratada en otro apartado de esta investigación. Por último, en cuanto a su tratamiento doctrinario, a diferencia del arbitraje comercial que ha venido siendo tratado con regularidad por la academia nacional, no existe mayor desarrollo de éste sobre la mediación civil y comercial.

e. Materia medioambiental: Los asuntos jurídicos medioambientales se caracterizan por una creciente conflictividad. El Instituto de Derechos Humanos (INDH) cuenta con un sitio de seguimiento y monitoreo de los conflictos socioambientales, que indica la existencia de 116 conflictos abiertos a nivel nacional al año 2018⁸. Al respecto, Reyes, F. et al (2011), señalan algunas particularidades relevantes para los conflictos medioambientales: i) falta de

8 Ver www.mapaconflictos.indh.cl

transparencia y asimetría de poder entre las partes; ii) el efecto NIMBY⁹, referido a la situación en la que los afectados por un proyecto no se oponen al proyecto en sí, sino que más bien a la ubicación de éste; iii) Ausencia de normas específicas, dado que en muchos casos no hay legislación vigente; iv) Superposición y colisión de derechos, situación en la que “normativas nacionales o internacionales abordan un mismo problema, sin existir claridad sobre la jerarquía entre ambas [...]” (p. 68); v) Problemas de procedimiento en el sistema de aprobación ambiental de proyectos (SEIA), respecto de las cuales se destaca la insuficiencia de las instancias de participación ciudadana y las fallas en el rol coordinador de la autoridad ambiental; y vi) Insuficiencia y limitaciones del sistema judicial, lo que produce una deficiente protección jurídica y la judicialización de los conflictos.

Esto ha significado frecuentes paralizaciones de proyectos a raíz de reclamaciones ante los Tribunales Ambientales interpuestas por personas afectadas, incluso en casos en que aquellos cuentan con Resolución de Calificación Ambiental (RCA) positiva. Dicha situación resulta preocupante si consideramos que, para obtener la RCA los proyectos de impacto ambiental relevante deben presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)¹⁰ que contemple una etapa de participación ciudadana, lo que supone una oportunidad para la consulta y prevención de potenciales conflictos. En ese sentido se orienta el proyecto piloto “Acuerdos Voluntarios de Preinversión” de la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático, cuyo objetivo es “promover la adopción de altos estándares socioambientales por parte de proyectos de inversión, mediante la implementación temprana de procesos participativos que faciliten el logro de acuerdos orientados a mejorar el proyecto y sus beneficios, así como a crear relaciones constructivas de largo plazo entre empresas, comunidades locales y otros actores de interés” (Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático, s.f.).

Sin embargo, actualmente no existe una institucionalidad apropiada para la gestión y resolución del conflicto en materia medioambiental, más bien se encuentra dirigida a la consulta ciudadana y a la prevención del conflicto, a través del Sistema

de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), diagnóstico que es compartido por los tres entrevistados de este estudio que se desempeñan en esta materia. En este contexto, si los conflictos no se resuelven en esa instancia, o bien surgen con posterioridad a la obtención de la RCA, el manejo de los conflictos ambientales queda abocado a un procedimiento judicial de carácter adversarial, a través de los recursos de protección ante Cortes de Apelaciones o reclamaciones y demandas ante los Tribunales Ambientales. Para resolver esta situación, Reyes et al. (2011) propusieron la creación de un Consejo de Resolución Colaborativa de Conflictos Socioambientales “como órgano público y autónomo, que eduque, capacite, monitoree los conflictos y colabore en el desarrollo de estos procedimientos” (p. 91). En tanto, Ruiz (2006) propuso un sistema de registro y acreditación de mediadores para materias ambientales, el cual fuere administrado por un órgano estatal. En tanto, el programa actualmente en desarrollo de Institucionalidad de Diálogo Territorial (IDT) de Alianza Valor Minero, que apunta a generar una política pública para la resolución de conflictos producto de los grandes proyectos relacionados con recursos naturales, a modo de mejorar el diálogo entre comunidades, empresas y Estado, incorporando la mediación durante el diálogo y como un mecanismo prejudicial. Por otra parte, una reciente investigación del Centro UC de Políticas Públicas (2018) rescató la relevancia de contar con un sistema de certificación de mediadores con un sistema de registro adicionado, como existe para materias de familia y salud.

f. Materia vecinal: Las Unidades de Justicia Vecinal (UJV) se iniciaron en Chile el año 2011 en cuatro comunas del país. Luego, durante el año 2012 se expandió su cobertura, llegando a fines de ese año a diecinueve comunas, proyectándose para principios de 2013 contar con veinte comunas. El proyecto se articuló en base al modelo multipuertas, creado por el profesor Sander, de la Universidad de Harvard¹¹. Lamentablemente, el

9 Término anglosajón “*not in my back yard*”, que se traduce como “no en mi patio trasero”.

10 Sin perjuicio de esto, la reforma a la ley 19.300 del año 2012, introdujo la posibilidad de que una empresa de menor tamaño que deba presentar Declaración de Impacto Ambiental (DIA), pueda también abrir un periodo de participación ciudadana “si el proyecto o actividad se localiza en un área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genera cargas ambientales” (art. 18 quáter).

11 El proceso de acuerdo a este modelo es como sigue: “El conflicto ingresa a través de una entrevista personal con el requirente, en la que recibe una primera orientación del mismo y una explicación sobre el funcionamiento de las UJV. Luego, el conflicto es analizado por un grupo evaluador, compuesto por tres profesionales (psicólogos, trabajadores sociales o abogados) que propone alguna de las alternativas de solución del conflicto que ofrece las UJV, que sea más idónea al conflicto propuesto: mediación, conciliación, arbitraje o patrocinio de la causa ante Juzgados de Policía Local. Una vez efectuada la propuesta del mecanismo de solución de conflicto (que se puede realizar en la misma oportunidad en que se ingresa el

proyecto de las UJV fue interrumpido durante el año 2017, a pesar de sus positivos resultados: de 5.612 casos, el 60% terminó con resultados positivos: acuerdo de mediación y acta de conciliación (58%), o laudo arbitral y derivaciones a servicios sociales (2%) (Ministerio de Justicia de Chile, 2013). Cabe señalar que la experiencia de la UJV dio lugar a los proyectos existentes en Maule (unidades de justicia vecinal) y O'Higgins (casas de mediación vecinal) que se desarrollan en distintas comunas de esas regiones al alero de los respectivos juzgados de policía local.

g. Materia penal: En la actualidad, la mediación penal es reconocida como una práctica específica de la justicia restaurativa, un proceso en que se devuelve el protagonismo a las personas involucradas en un delito en particular, para que resuelvan "de forma colectiva la manera de lidiar con las consecuencias de éste y sus repercusiones para el futuro" (Díaz, 2010, p. 2). En Chile, no ha sido incorporada ni reconocida de manera formal y directa en nuestra legislación (González y Fuentealba, 2013). Sin embargo, desde el año 2000 se han desarrollado una serie de iniciativas y proyectos piloto de mediación de causas penales, principalmente para delitos menores; además, se han establecido mesas de trabajo para analizar la incorporación formal de la mediación en futuras reformas a la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. Algunos de los programas de mayor relevancia, por su trayectoria y casos mediados, han sido desarrollados por las Corporaciones de Asistencia Judicial, así como por otras iniciativas de carácter privado, como las del Centro CREA de la Universidad Católica de Temuco, la Universidad Central y la Universidad Diego Portales.

Si bien la legislación penal no contempla un procedimiento específico para que las partes lleguen a un Acuerdo Reparatorio, igualmente ha sido posible integrar la mediación de manera informal al sistema, derivando a las partes en algunos casos a los programas descritos. A este respecto, el Oficio N° 38 del Fiscal Nacional, de fecha 21 de enero de 2003, instruyó a los fiscales los procedimientos de

caso a la UJV) y aceptada por el requirente, un profesional de la UJV llamado "facilitador" se pone en contacto con el requerido y busca obtener su participación en el proceso. Una vez que las partes han comparecido a la UJV y agotado el procedimiento ante la vía escogida, existe una unidad de seguimiento, que tiene por objetivo monitorear el grado de cumplimiento de los acuerdos de las partes o del laudo arbitral. Si las partes no logran acuerdo, la UJV sigue trabajando con el requirente y se le presta patrocinio letrado en el Juzgado de Policía Local, si corresponde" (Ministerio de Justicia de Chile, 2013, p. 7-8).

resolución de conflictos a utilizar en la celebración de Acuerdos Reparatorios. No obstante, la aplicación del mecanismo de la mediación ha quedado más bien a criterio de los operadores del sistema, fundamentalmente de los fiscales (Díaz y Navarro, 2015). Por otro lado, en la práctica los procesos de mediación penal no son del todo voluntarios y libres, especialmente para el imputado, ya que este último queda sometido a la presión de que, si no acepta participar en el proceso de mediación, el Estado puede continuar con la persecución penal en su contra. Lo anterior justificaría la necesidad de incorporar formalmente la mediación como mecanismo dentro de la legislación penal, con el fin de establecer protocolos de actuación para los actores y estándares de calidad ciertos y transversales.

h. Mediación escolar: Si bien los conflictos que son sometidos a mediación escolar no tienen una articulación directa con el sistema de administración de justicia, se ha decidido incluirla brevemente en este estudio dada su institucionalización mediante una ley, su relevancia para la socialización del mecanismo de la mediación y su potencial formativo y de cambio cultural hacia una sociedad donde los ciudadanos adquieran protagonismo en la resolución de sus conflictos.

Desde comienzos de la década del 2000 se han llevado a cabo una serie de iniciativas de mediación escolar. La iniciativa más relevante ha sido la Política de Convivencia Escolar, en marcha desde el año 2002, siendo la última para el período 2015-2018. La Ley N° 20.529, sobre el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización (2011), regula la mediación para los reclamos de los miembros de las comunidades educativas y otros usuarios e interesados hacia estas instituciones. Para el período 2015-2017, se realizaron 1.218 mediaciones, de las cuales 1.050 culminaron con acuerdo (86%).

Como queda de manifiesto en los párrafos anteriores, la mediación en Chile se ha desarrollado en distintas materias, destacándose la experiencia en asuntos laborales, de familia y de salud, las cuales cuentan con una institucionalidad importante. Sin embargo, la regulación general de la mediación aún se caracteriza por su dispersión y falta de sistematización. En ese sentido, las materias civiles y comerciales, medioambientales, vecinales y penales requieren de mayor desarrollo en su regulación e institucionalización; mientras que también es necesaria una regulación sistemática y armónica que sea comúnmente aplicable para distintos asuntos. Asimismo, la formación,

certificación y capacitación continua de los mediadores debe ser reconsiderada, con el objeto de mejorar y actualizar su preparación técnica para las distintas materias en las que se desenvuelven, y fortalecer los estándares de calidad de las mediaciones.

Propuesta

La incorporación de mecanismos alternativos, entre los que se cuenta la mediación, son necesarios porque, entre otras ventajas, supondría una caída en las tasas de litigiosidad y mejoras en la duración de la justicia civil y mercantil (Jequier, 2016), fortalecería las vías de acceso a la justicia y, por su propia naturaleza, disminuiría la conflictividad y promovería el diálogo social. Lo anterior, considerando la actual desproporción de los costos que exige la movilización del aparato estatal jurisdiccional ante conflictos de baja cuantía o asuntos de baja rentabilidad social. El proceso de mediación ahorra tales costos, también a las partes, de modo que el costo de la solución mediada es inferior, a lo que debiese añadirse su mayor celeridad.

En esta sección se presenta una propuesta que ha surgido de la revisión de la experiencia internacional y nacional en el tema, así como también de las 15 entrevistas a expertos que se realizaron y a la revisión de bibliografía efectuada.

1- Objetivo de la propuesta

La propuesta tiene como objetivo mejorar el estado de la mediación en Chile, promoviendo la armonización legislativa e institucional a través de un sistema integral de mediación, que permita unificar criterios, principios y procedimientos, propendiendo hacia un sistema multipuertas de acceso a la justicia, que contemple el juicio, el arbitraje, la conciliación, la mediación y el panel de expertos, según la materia y las características del conflicto. Esto permitiría acercar y facilitar el acceso a la justicia a las personas, al tiempo que se promueve una cultura de resolución colaborativa de conflictos, permitiendo brindar una justicia más oportuna y eficaz.

2- Lineamientos de política pública para la mediación en Chile

Los entrevistados concuerdan con el diagnóstico planteado en este estudio, referido a la desarticulación de la mediación para las diferentes materias. Al respecto, once de los quince entrevistados enfatizan que los procedimientos son muy diversos entre sí y son desarrollados ante distintas instituciones, faltando un órgano coordinador. Además, algunos señalan los problemas que presenta el hecho

que las mediaciones sean realizadas por organismos cuya función central no es mediar, lo que resulta especialmente desafiante respecto de instituciones cuya labor principal es la fiscalización de una de las partes, como es el caso, por ejemplo, de la Dirección del Trabajo y el SERNAC. Asimismo, en la literatura consultada, Alfaro et al. Concluyeron que es "un desafío y un tema pendiente el abordaje de la mediación concebida de manera integral" (2012: 28). Su propuesta al respecto, fue la creación de un Consejo Nacional de Mediación, que entregara "lineamientos estratégicos a los diversos organismos públicos que practican la mediación, desde una perspectiva transversal aunando criterios en los distintos ámbitos de la mediación" (2012: 29).

No obstante, a nuestro parecer lo anterior resulta insuficiente pues, además de esto, la institucionalidad debiera contemplar la coordinación, la difusión de la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en el país y la incorporación de la mediación a la oferta de servicios que entregan los tribunales de la República. Teniendo presente lo anterior, proponemos los siguientes lineamientos:

a. Crear unidades de mediación especializadas para la resolución de conflictos patrimoniales, vecinales, comunitarios, penales y medioambientales, hoy inexistentes, en los diversos tribunales del país

La asistencia a una primera sesión informativa respecto del proceso de mediación, previa al juicio, debiera ser obligatoria, con excepciones, con el fin de contribuir a una rápida socialización del mecanismo. La forma de provisión del servicio en las unidades de mediación se llevará a cabo de la siguiente forma:

- Provisión gratuita a través de mediadores públicos, que serán funcionarios especializados del Poder Judicial, pertenecientes a las unidades descritas, conforme al perfil de cargo elaborado por dichos tribunales.
- Provisión gratuita vía convenios celebrados por los tribunales con centros de mediación, los cuales deben ser organizaciones sin fines de lucro, que cumplan con los estándares establecidos y que estarían sujetos a constante fiscalización y evaluación por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por ejemplo, centros establecidos por universidades, cámaras de comercio, corporaciones municipales, fundaciones, etc. Estos convenios deberán regirse por las

normas generales dispuestas para las compras públicas. Se estima que la preferencia por organizaciones sin fines de lucro es un estímulo a la reinversión en la calidad del servicio.

- Provisión privada pagada, en los mismos centros validados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, elegidos libremente por las partes. Los aranceles deberán ser debidamente publicados en la página web del centro respectivo, pero no estarán sujetos a un tope para los mediadores. El acta de mediación en estos casos se podrá homologar a la mediación judicial, en los casos en que se establezca la mediación de modo obligatoria.

Este modelo es coherente con el proyecto de Reforma Procesal Civil en actual tramitación, de acuerdo a lo expuesto en el seminario organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en agosto del 2018¹². Como regla general, la notificación de la mediación debe suspender la prescripción y el acta de mediación debe tener el mismo efecto que una sentencia firme y ejecutoriada.

Con respecto a las mediaciones voluntarias y extrajudiciales, llevadas a cabo por mediadores no pertenecientes a centros validados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, podrán tener efecto de cosa juzgada, conforme a las reglas generales que regulan el contrato de transacción, y, eventualmente, mérito ejecutivo, si el acuerdo es reducido a escritura pública y se cumple con los demás requisitos legales.

Un principio que se debe conservar es el relativo a la especialización de las mediaciones, para lo cual cada tribunal deberá conformar un perfil del cargo de mediador, conforme a las necesidades especiales que pueda tener; no sólo en virtud de las particularidades técnicas de los conflictos a mediar, sino que de acuerdo a otros factores eventuales, que sean propios del territorio, los que pueden influir en la efectividad del rol del mediador. Por ejemplo, podría ser un requerimiento de idiomas, debido al número de inmigrantes o pueblos originarios en una determinada jurisdicción; o ciertas aptitudes y conocimientos de trabajo con comunidades, para el caso de conflictos socioambientales, entre otros.

En línea con lo anterior y con lo planteado en el punto

12 Noticia publicada en el portal web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/seminario-justicia-promueve-reforma-procesal-civil-convocando-a-los-tres-poderes-del-estado-para-impulsar-el-debate/>

1), a mediano plazo debe tenderse a la creación de un Departamento de Mediación y MASC en el Poder Judicial, o establecerse una repartición permanente en uno de sus departamentos, que deberá establecer las directrices para la implementación y funcionamiento de las unidades de mediación señaladas en el mismo punto, en los tribunales que dependan de la Corte Suprema. Con respecto a los tribunales que no tienen una dependencia directa de ella, pero que están sujetos a su superintendencia, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los Tribunales Ambientales, debe tenderse hacia el establecimiento de criterios comunes.

A largo plazo, tomando como base la experiencia en la implementación de la mediación en el nuevo proceso civil, se propone evaluar la migración gradual de los servicios de mediación hoy entregados a diversos servicios públicos, cuya función central no es mediar, al Poder Judicial, en la misma modalidad señalada en el número uno, con el objetivo de potenciar sinergias y propender a un sistema de justicia multipuertas.

Alojar la mediación en el Poder Judicial resulta apropiado para diez de los quince entrevistados, señalando como principales motivos su experiencia en resolución de conflictos, su estabilidad institucional e independencia política, y la idea de propender hacia un sistema de justicia multipuertas en Chile. No obstante, cinco entrevistados desconfían de la relevancia que se le daría en este Poder del Estado y optan por configurar esta institucionalidad en el Poder Ejecutivo como un organismo autónomo.

Con respecto al punto anterior, es importante que se revise el caso de la mediación familiar¹³, cuya supervisión está entregada hoy al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de forma de integrarlo a la nueva institucionalidad propuesta. Sin duda, se busca fortalecer la mirada de la mediación como una forma de acceso a la justicia, que debe estar coordinada con la vía judicial, ya que el actual modelo no incentiva su desarrollo y "no existe una política pública integral procesal para la mediación y los medios adecuados de resolución de conflictos", como señala un Ministro de la Corte Suprema que fue entrevistado para el presente estudio.

13 Por su volumen de causas y la larga historia.

b. Crear una Comisión Coordinadora del Sistema de Mediación y Mecanismos Solución de Conflictos (MASC)

Ésta tendrá como funciones principales implementar un Plan Nacional de Mediación y MASC; velar por la coordinación de los mecanismos de mediación en el país; fomentar el intercambio de experiencias y el establecimiento de estándares comunes entre las instituciones que prestan servicios de mediación cuando sea posible, propendiendo también a su especialización, cuando corresponda; difundir estos mecanismos; y fomentar una cultura del diálogo en el territorio nacional.

Existe una institucionalidad similar creada a partir de la Reforma Procesal Penal, la Comisión de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, que sirve como antecedente a esta propuesta. Esta Comisión, que debe ser creada por ley, sería una instancia permanente de colaboración y trabajo coordinado entre el Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y las reparticiones públicas y privadas que prestan servicios de mediación (Dirección del Trabajo, Consejo de Defensa del Estado, SERNAC, Superintendencia de Educación y representantes de Centros privados, entre otros). Además, la Comisión podrá convocar invitados, ya sea ocasionales o permanentes. Su carácter será consultivo, y sus objetivos principales: procurar el fortalecimiento y buen funcionamiento de la mediación y los MASC e incentivar una cultura del diálogo en el país, a través de proposiciones técnicas que faciliten su desarrollo coordinado, difusión, seguimiento y evaluación, así como la acción mancomunada de las instituciones participantes, propendiendo hacia la elevación de los estándares de calidad de los procesos de mediación.

Se propone entregar la Presidencia de la Comisión al Presidente de la Corte Suprema, ya que se estima que entregarle dicho rol protagónico a la máxima autoridad del Poder Judicial, es coherente con una concepción moderna de su función de administración de justicia y con una mirada estratégica de largo plazo para dicho poder del Estado. La mediación y otros MASC resultan indispensables para garantizar un acceso a la justicia oportuno y de calidad. Se estima que el funcionamiento adecuado de la Comisión permitiría además una mayor legitimación de los mecanismos.

c. Aprobación de una Ley General de Mediación

En concordancia con lo expuesto, siguiendo la experiencia existente en distintos países consultados¹⁴ y de lo indicado por los expertos que participaron de las entrevistas del presente proyecto, se propone crear una Ley General de Mediación, que permita unificar un criterio o estándar base a la prestación del servicio de mediación en todas las materias existentes en el país.

La ley deberá incluir una definición de mediación¹⁵, regular las etapas o fases de la mediación y los principios aplicables a todo proceso, dentro de los cuales deberá estar especialmente regulado la extensión y alcance del principio de confidencialidad, el cual es de vital importancia para que prospere la mediación, toda vez que le otorga seguridad a las partes y genera el ambiente propicio para tratar adecuadamente los conflictos¹⁶.

Igualmente, la ley deberá regular el hecho de la suspensión de los plazos de prescripción de las subsecuentes acciones civiles y administrativas que se interpongan (o que se puedan interponer) a continuación de la mediación, siguiendo lo ya consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, para el caso de las mediaciones solicitadas en el marco de la Ley 19.966 del año 2004 que establece un Régimen de Garantías en Salud.¹⁷ Lo anterior, permitiría generar un ambiente propicio para que las partes se involucren activamente en el proceso de mediación, puesto que se encontrarían en una situación en que no existen beneficios ni pérdidas para las partes desde el punto de vista procesal.

Del mismo modo, la ley deberá regular el efecto del acuerdo de mediación, equiparando sus efectos con aquellos propios de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, desde el punto de vista de la cosa juzgada y de la posibilidad de ejecución de las mismas, siguiendo los efectos propios que

14 Entre otros, España con la Ley n° 5 (2012), Argentina con la Ley 26.589 de Mediación y Conciliación (2010), Brasil con su ley general de mediación (2015) y Colombia con la Ley 640 (2001).

15 Considerando, en todo caso, las definiciones que ya existen en el artículo 103 de la ley 19.968 del año 2004 que crea los Tribunales de Familia y en el artículo 43, inciso final, de la ley 19.966 del año 2004 que establece un Régimen de Garantías en Salud.

16 Sobre la importancia de la confidencialidad, en los procesos de mediación, Brown Kent (1991) "Confidentiality in Mediation: Status and Implications" Journal of Dispute Resolution, Issue 2, p. 308.

17 Artículo 44 de la ley 19.966 del año 2004.

la legislación revisada le confiere a estos acuerdos. Con todo, es preciso enfatizar que la sustentabilidad de los acuerdos de mediación viene dada principalmente por el hecho que corresponden a compromisos libremente adoptados por las partes, más que por los efectos que le atribuye la ley a los mismos.

Asimismo, la ley debería regular la mediación institucional que prestan los distintos Centros de mediación, estableciendo un Registro de los mencionados centros, los requisitos para que una entidad pueda constituirse como un Centro de mediación y el hecho que será el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos quien fiscalizará los centros mencionados. Así, la propuesta, siguiendo la experiencia en Colombia, es que la fiscalización que realice el Estado sea dirigida a los Centros de mediación y no a cada mediador, lo que haría más fácil y liviana la fiscalización por parte de la autoridad y, a la vez, permitiría una mayor flexibilidad y desarrollo por parte de los centros, lo que es especialmente relevante para un país como Chile, donde existen realidades muy diferentes asociadas a su extensión territorial.

Esta ley, por último, debiera regular la existencia y atribuciones de la Comisión Coordinadora indicada precedentemente y también una regulación del Plan Nacional de Mediación que se indica en el número 4, siguiente. A modo de referencia, el artículo 14 bis del DL 3.346 que fija la ley orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, incorporado por la Ley 20.885 del año 2016, reguló la duración y elementos que obligatoriamente debe considerar el Plan Nacional de Derechos Humanos¹⁸.

18 "Artículo 14 bis.- El Plan Nacional de Derechos Humanos tendrá una duración de cuatro años y contendrá el diseño e implementación de las políticas encaminadas al respeto, promoción y protección de los derechos humanos, debiendo considerar al menos:

- a) El señalamiento de los objetivos y las metas.
- b) La identificación de responsables.
- c) Los recursos financieros disponibles.
- d) Los mecanismos de seguimiento y evaluación de resultados, a efectos de identificar las dificultades y adoptar las medidas correctivas o complementarias pertinentes.

Dicho Plan será elaborado a partir de las prioridades sectoriales, intersectoriales y de política exterior propuestas por el Comité Interministerial de Derechos Humanos y en su formulación se deberá tener en consideración la opinión de la sociedad civil, según lo dispuesto en el literal h) del artículo 8°, y los informes, propuestas y recomendaciones, conforme sea pertinente, procedentes del Instituto Nacional de Derechos Humanos, así como también del Sistema Interamericano y del Sistema

d. Elaboración de un Plan Nacional de Mediación y MASC

En Chile existen actualmente veinte planes nacionales vigentes, que están radicados en diferentes ministerios (tales como el Ministerio de Cultura, las Artes y el Patrimonio, el Ministerio del Deporte, el Ministerio de Educación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), que se constituyen en verdaderas hojas de ruta de las respectivas institucionalidades y le confieren estabilidad a las políticas públicas. Entre otros planes, destacan el "Plan Nacional de Lectura 2015-2020"¹⁹ del Ministerio de Cultura, el "Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile"²⁰ y el "Plan Nacional de Derechos Humanos"²¹.

En este contexto y estrechamente vinculada a la propuesta que se señala en los números 2 y 3 precedentes,

Universal de Derechos Humanos.

El Plan Nacional se materializará en la elaboración de políticas que abordarán al menos especialmente las siguientes materias:

- a) La promoción de la investigación, sanción y reparación de los crímenes de lesa humanidad y genocidios, y crímenes y delitos de guerra, en especial, según correspondiere, aquellos comprendidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.
 - b) La preservación de la memoria histórica de las violaciones a los derechos humanos.
 - c) La promoción de la no discriminación arbitraria, de conformidad a la normativa nacional e internacional vigente, en especial la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
 - d) La promoción de la educación y formación en derechos humanos, en los niveles de enseñanza parvulario, básica, media y superior, así como en los programas de capacitación, formación y perfeccionamiento de todas las autoridades y funcionarios de los órganos del Estado, incluidos el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, los miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y las municipalidades.
 - e) La promoción del cumplimiento de las medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, dictadas en virtud del Sistema Interamericano y del Sistema Universal de Derechos Humanos, de conformidad con la letra f) del artículo 8°.
- 19 Plan disponible en: <http://plandelectura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/12/Plan-Nacional-Lectura-web-6-12-2016.pdf>
- 20 Plan disponible en: https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20171109/asocfile/20171109170236/plan_de_accion_nacional_de_ddhh_y_empresas.pdf
- 21 Plan disponible en: <http://planderechoshumanos.gob.cl/files/plan.pdf>

se sugiere la creación de un Plan Nacional de Mediación y MASC, cuya ejecución y perfeccionamiento continuo esté a cargo de la Comisión Coordinadora del Sistema de Mediación y MASC. Normalmente, los planes nacionales corresponden a la necesidad del Estado de cumplir con la normativa o garantía vigente, arraigada tanto en la Constitución Política de la República, como en los tratados internacionales que se han ratificado y que se encuentran vigentes en el país. Cada plan nacional está enmarcado bajo la dirección de un ministerio, configurándose en algunos casos, un trabajo conjunto y armonioso entre dos o más ministerios, los cuales por diversos motivos, se encuentran ligados al tema bajo estudio y práctica.

De esta manera, en el caso del Plan Nacional de Mediación, su creación estaría dispuesta en la Ley General de Mediación propuesta en el numeral 3 precedente y su elaboración estaría a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en conjunto con el Poder Judicial –por ejemplo por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema–, siendo supervisada o apoyada por la Comisión Coordinadora, enmarcándose en la promoción y fortalecimiento de la garantía de acceso a la justicia.²² Dicho plan deberá identificar, en primer lugar, todos los espacios y maneras posibles en que se puede mejorar la prestación del servicio de mediación, tanto respecto de aquella que ya existe, como de la institucionalidad que se crearía con la nueva ley.

Una vez realizado un diagnóstico de la situación de la mediación en Chile, se debería elaborar un plan de acción con el propósito de hacer frente, de forma pragmática, a los problemas identificados, logrando visualizar resultados, en un período de tiempo adecuado (generalmente un quinquenio) y que considere a todos los prestadores del servicio de mediación.

e. Formación y educación continua de mediadores

En lo concerniente a la formación de los mediadores, se propone que ejercerá como mediador la persona en disposición de un título oficial y que acredite una formación y capacitación específica en mediación. Esta persona deberá estar acogida a un Centro que debe estar licitado (de acuerdo a lo que se señaló en el punto 1 de esta propuesta). De

22 Esta garantía no solo está consagrada en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, sino también en distintos tratados internacionales, como el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 2 número 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

esta forma, serán los tribunales, quienes definan el perfil de los mediadores que necesitan en los casos que reciben. Así, cada tribunal señalará la especificidad requerida de los mediadores de acuerdo a las necesidades del territorio en el que se encuentre.

No obstante lo anterior, la figura del experto mediador resulta clave, porque, a través del diálogo inclusivo que propicia, las partes exploran las diversas alternativas al conflicto y una solución a la medida de sus necesidades. Para ello, de acuerdo a Oyhanartwe (1996), el mediador debe poseer cualidades personales tales como una clara trayectoria ética, sensibilidad, facilidad de comunicación y credibilidad, contar con capacitación para comprender y saber aplicar las etapas del proceso y estar dotado de habilidades consistentes en saber escuchar, crear armonía, evaluar intereses y necesidades, proponer opciones, manejar la ira, saber parafrasear, saber reenfocar, romper con el estancamiento, planificar estrategias, equilibrar el poder, redactar acuerdos y saber remitir a otros servicios cuando ello resulte necesario. La profesionalización del experto es, en consecuencia, un objetivo prioritario que se logra únicamente a través de una formación adecuada.

En el contexto internacional la Organización de las Naciones Unidas viene elaborando desde hace unos años, leyes modelo y recomendaciones que favorezcan la implementación y el uso de la conciliación y de la mediación en la resolución de los conflictos en las diversas áreas. Este organismo pone de manifiesto como un elemento fundamental para lograr un proceso eficaz la formación, la preparación del mediador, que combina los conocimientos y las capacidades individuales de éste con un equipo bien cohesionado de especialistas y el apoyo financiero y administrativo necesario de la entidad mediadora. Asimismo, subraya la importancia de que estos profesionales sean conocedores y manejen el derecho y los marcos normativos en los que se desenvuelve el conflicto. La formación de los mediadores, a su vez, debe contar con apoyo profesional, y someterse a una planificación apropiada, un seguimiento y una evaluación periódicos, a fin de mejorar las posibilidades de éxito y minimizar los errores del mediador (Vilalta, 2015).

Es así que en nuestro país, y considerando lo que se ha llevado a cabo hasta la fecha, se mantiene la idea en esta propuesta, que el mediador esté en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior y que cuente además con formación específica para ejercer la mediación. En lo que refiere a la formación específica y especializada de los profesionales, ésta es crucial para garantizar la calidad y la preservación de los principios de la

mediación en todo proceso (Vilalta, 2015) y se debe adquirir mediante la realización de cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, dependiendo de las necesidades del tribunal correspondiente.

De esta forma, el mediador necesita contar con habilidades y destrezas acordes a la realidad de los tiempos. Ello implica, entre otras cuestiones, poseer cualidades relacionales que le permitan generar empatía, así como ciertas habilidades comunicativas que procuren un ambiente de distensión, diálogo, participación y compromiso a las partes enfrentadas. Se hace necesario entonces, la necesidad de adquirir competencia en la comprensión de las diversas culturas y del contexto social en el que se manifiestan los distintos conflictos, de modo que la persona mediadora sea capaz de visionar el problema desde las diversas perspectivas que ofrece la realidad y situarlo en el contexto adecuado. Es importante que pueda valorar también la conveniencia o no de iniciar un proceso de mediación y tenga habilidad suficiente para situarse en el terreno de los hechos e iniciar un acercamiento positivo de las partes que se hallan en conflicto. Para ello resulta conveniente que gocen de cierta formación multidisciplinaria (Suárez, 2002).

Este experto ha de poseer, por otro lado, una sólida formación jurídica y cabal conocimiento no solo de las repercusiones psicosociales, sino también de las consecuencias jurídicas de los eventuales acuerdos que puedan alcanzar las partes en ciertos ámbitos de la vida, vayan o no las partes acompañadas de sus correspondientes letrados, porque los acuerdos alcanzados no pueden ser contrarios a derecho. En su papel de facilitador, debe estar en condiciones de informar a las partes acerca de las consecuencias jurídicas de determinados acuerdos, de evitar que los pactos puedan recaer sobre cuestiones no susceptibles de ser sometidas a mediación y de formular alternativas viables dentro del marco legal aplicable, sin que ello implique en caso alguno labor de asesoramiento o muestra de inclinación por una determinada opción. Asimismo, el mediador debe saber cuándo el conflicto requiere la concurrencia y participación de otros perfiles profesionales, y ha de lograr que ese trabajo interdisciplinario sea posible.

Los criterios objetivos que permitirían identificar los estándares de calidad exigibles en toda formación de los expertos mediadores no son uniformes en los textos normativos existentes a nivel mundial, si bien se constata un común denominador en todas las iniciativas legislativas emprendidas en el ámbito internacional: la necesidad de asegurarse que los expertos actúen con profesionalidad y con pleno respeto de los principios de la mediación.

Conclusiones

Como se ha señalado, la mediación es un proceso de cooperación, en vista de la resolución de un conflicto, en el que un tercero imparcial es solicitado por los protagonistas para que los ayude a encontrar un acuerdo satisfactorio para ambas partes (Risolia de Alcaro, 1998). Este mecanismo de resolución no adversarial de conflictos toma relevancia en la medida que puede ser aplicado en diversas materias, permitiendo construir acuerdos más estables y satisfactorios para las partes, que no tienen un impacto nocivo en sus relaciones. La participación en el proceso, incluso puede colaborar en el fortalecimiento de la capacidad de las partes para comunicarse y resolver futuros conflictos. Además, la mediación suele ser un mecanismo de resolución de conflictos que involucra menores costos y tiempo para las partes, así como para el sistema en su conjunto. De alguna forma, la mediación pretende superar las visiones unilaterales del conflicto que las partes tienen, para que nazca una salida nueva y original, que todos sientan como propia.

En el caso de nuestro país, el desarrollo de la mediación ha sido muy diverso y su regulación se ha caracterizado por la dispersión y falta de sistematización, siendo incorporada en diversos cuerpos legales sin atender a una política pública coherente que fomente la implementación de este mecanismo.

Es por ello que esta investigación se centró en revisar bibliografía pertinente, experiencias internacionales y nacionales en el área, así como también en la realización de entrevistas a expertos. Todo ello nos llevó a proponer un sistema de mediación que integre principios, criterios, requerimientos y/o procedimientos comunes, que permita entregar mayor certidumbre y confianza en cuanto a su funcionamiento. Es así como llegamos a elaborar una propuesta que contiene cinco lineamientos, que tienen a la base la generación de una ley general de mediación, que permitiría unificar criterios básicos en todas las materias existentes en el país.

Además, proponemos crear una Comisión Coordinadora del Sistema de Mediación y Mecanismos Adecuados de Solución de Conflictos, que tendrá dentro de sus funciones implementar un Plan Nacional de Mediación y MASC y por finalidades procurar el fortalecimiento y buen funcionamiento de la mediación y los MASC e incentivar una cultura del diálogo en el país. Asimismo, la propuesta implica crear un Departamento de Mediación y MASC en el Poder Judicial, o incorporar una repartición permanente en uno de sus departamentos, que establecerá las directrices

para la implementación y funcionamiento de las unidades de mediación que sugerimos crear en los distintos tribunales del país, para ampliar la gama de servicios que ellos entregan, más allá de la adjudicación de sentencias.

Por otra parte, se propone que la provisión de servicios sea realizada de modo gratuito a través de mediadores públicos, pero también a través de centros que establezcan convenios con los tribunales. No obstante lo anterior, también se sugiere que se mantenga, como hasta ahora, la posibilidad de acceder a mediaciones privadas pagadas. Sería responsabilidad de los centros, contar con los mediadores idóneos para el ejercicio de esta actividad, puesto que la propuesta contempla la existencia de un Registro Nacional de Centros de Mediación. Será cada tribunal el que defina el perfil de los mediadores que se requieren, dependiendo de las necesidades del territorio en el que se encuentre cada centro. Sin embargo, el perfil de los mediadores debiera contar con criterios básicos y transversales tales como tener una sólida formación jurídica, poseer cualidades relacionales, contar con competencias culturales, tener formación interdisciplinaria, entre otros.

Todo lo anterior, permitirá a nuestro juicio, aportar a la generación de una cultura que esté basada más en el diálogo que en el litigio, donde los ciudadanos tengan más de una opción cuando se encuentran involucrados en conflictos y la posibilidad de acceder a mecanismos que permiten abordar el fondo de los mismos y dar respuesta coherente a los intereses y necesidad de las personas. En definitiva, una propuesta como ésta apunta a un mayor acceso a la justicia y a potenciar su calidad. ■

Bibliografía

- Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático.** *s/f*. *Acuerdos Voluntarios de Preinversión*. Disponible en: http://www.agenciasustentabilidad.cl/pagina/acuerdos_voluntarios_de_preinversion
- Alfaro, E., Rojas, T., Sierra, C. y Vásquez, PP.**, 2012. *La Mediación en Chile*. En: *Mejorando el acceso a la justicia y resolución colaborativa de conflictos*, Unión Europea – Ministerio de Justicia de Chile. Disponible en: http://sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUET/Seguridad_Ciudadana_y_Justicia/La%20Mediacion%20en%20Chile.pdf
- Barría, P.**, 2015. *Diez años de mediación por daños en salud en establecimientos sanitarios públicos chilenos*. Seminario "Mediación por daños en salud: experiencias y desafíos a diez años de su inicio". Santiago, 29-de septiembre de 2015.
- Bergin, P. A.**, 2012. *The Objectives, Scope and Focus of Mediation Legislation in Australia*. Mediate First Conference, International Arbitration Centre and The Hong Kong Mediation Council.
- Cámara de Comercio de Bogotá**, 2017. *Mediación Policial en Colombia. Bases para su implementación*. Disponible en <http://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/19663>
- Castrillón, E.**, *s/f*. *La mediación en Colombia como escenario para la construcción de paz*. Comunidad Jurídica del Conocimiento. Disponible en <http://www.conocimientojuridico.gov.co/la-mediacion-colombia-escenario-para-la-construccion-paz/>
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas**, 2011. *Estudio de Análisis de Trayectoria de las Causas Civiles en los Tribunales Civiles de Santiago*. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf>
- Centro de Seguridad Urbana y Prevención SC**, 2014. *Manual para la formación y capacitación en Mediación Comunitaria*. CESUP: México.
- Centro UC de Políticas Públicas**, 2018. *Antecedentes y experiencia internacional del sistema de certificación*. Documento de trabajo N° 03. Institucionalidad de Diálogo Territorial
- Civil Mediation Council**, 2018. *About CMC*. Disponible en <http://www.civilmediation.org/>
- Conforti, F.**, 2009. *La mediación en España*. Mediate.com. Disponible en https://www.mediate.com/articles/la_mediacion_en_espana_2009.cfm

- Consejo de Defensa del Estado**, 2011. *Mediación y Desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE)*. Unidad de Mediación. Disponible en <https://www.cde.cl/mediacion/wp-content/uploads/sites/16/2016/01/ESTUDIO-DESJUDICIALIZACION-nov-2011.pdf>
- Corti, G. y Facelli, M. T.**, 2009. La Experiencia Uruguaya en Materia de Mediación y conciliación: Una puesta al día. *CEJA*. Disponible en: https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/32_%202009_experiencia_uruguay_mediacion.pdf
- Correa, P.**, 2014. *La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 5, n° 1, p. 111 - 138.
- De Armas, M.**, 2003. *La mediación en la resolución de conflictos*. Educar n° 32, p. 125 - 136.
- Díaz, A.**, 2010. La experiencia de la mediación penal en Chile. *Política criminal*. Vol. 5, n° 9, p. 1-67.
- Díaz, A., y Navarro, I.**, 2015. *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. Disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/01/Informe-sobre-Mediacion-Penal-y-VIF-en-RPA-2015.pdf>
- Dirección del Trabajo**, 2011. *Mediación laboral: Una forma distinta de abordar los conflictos laborales*. Unidad de Solución Alternativa de Conflictos y Diálogo Social, Departamento de Relaciones Laborales.
- Dirección del Trabajo**, 2016. *Anuario Estadístico 2016, Capítulo III / Mediación y Buenos Oficios*. Unidad de Análisis Estadístico. Disponible en http://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-114290_archivo_01.pdf
- García, L. y Vásquez, E.**, 2013. *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*. Política y Sociedad, vol. 50, n° 1, p. 71-98.
- González, I., y Fuentealba, S.**, 2013. *Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile: Sistematización de experiencias en centros de mediación en tres regiones del país*. VIII Congreso Nacional de investigación sobre violencia y delincuencia.
- González, N.**, 2014. *El ABC de la mediación en México*. En: Vega, Juan (Coord.). Libro homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez, México, IJ-UNAM.
- Hidalgo-Salas, D.; Ortiz-Pérez, C.; Lobatón-Flores, J.; Huamaní-Nahuinlla, P. y Mezones-Holguín, E.**, 2016. *Mecanismos alternativos para la solución de controversias en el contexto de los derechos en salud: Experiencia peruana desde el Centro De Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional De Salud*. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, vol. 33, n° 3, p. 1-7.
- Instituto Nacional de Estadísticas**, 2016. Informe Anual de Justicia. Disponible en <http://www.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/informe-anual-de-justicia-2016.pdf>
- Instituto Interamericano De Derechos Humanos**, 2005. *El papel mediador de la Defensoría del Pueblo de Colombia en los casos de alteración del orden interno en los centros de reclusión*. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24209.pdf>
- Jequier, E.**, 2016. *La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación*. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIX, n° 1.
- Johnson, A.**, 2011. *La mediación en Inglaterra y Gales*. Ponencia presentada en el Congreso de Mediación, "Nuevos Enfoques de la Justicia", celebrado en El Puerto de Santa María (Cádiz), el 20 y 21 de octubre de 2011.
- Lagos, S.**, 2011. *Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: Un análisis a base de la experiencia chilena de mediación por daños en salud*. Revista de Estudios de la Justicia, n° 18, p. 83 - 110.
- Link, D.**, 1997. *El valor de la mediación*. Ad-Hoc. Buenos Aires.
- Ministerio de Educación de Chile**, 2015. *Política nacional de convivencia escolar 2015/2018*. Disponible en <http://www.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/19/2015/12/politica-noviembre-definitiva.pdf>
- Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia**, 2006. *Concepto 30205*.
- Ministerio de Justicia de Chile**, 2013. Panel de Expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Informe Final. Disponible en <https://www.cejamericas.org/Documentos/entosIDRC/145sistemamultipuertadeldistritofederaldecolumbia.pdf>
- Oyhanartwe, M.**, 1996. *Los nuevos paradigmas y la mediación*. En: J. Gottheil, J.; Schiffrin, A. Mediación: una transformación en la cultura. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Reyes, F.; Frontaura, C.; Leturia, F. J.; Castillo, I.; Trigo, P. y Vallejo, F.**, 2011. *Propuesta de mecanismos de resolución colaborativa de conflictos socioambientales*. Propuestas para Chile, Centro UC de Políticas Públicas, p. 61 - 94.

- Ríos, G.**, 2016. *La influencia internacional en la implementación de la mediación en México*. Ponencia para el XII Congreso Mundial de Mediación y Cultura de Paz. Bogotá, Colombia.
- Ríos, J.; Etxebarria, X.; Guillén, A.; Espina, F.; Segovia, J.**, 2012. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento*. Edipack Gráfico. Madrid.
- Risolía de Alcaro, M.**, 1998. ¿Qué es la mediación? En *Revista Ensayos y Experiencia*. Argentina.
- Rodríguez, R.**, 2011. *La mediación en el Sistema de Salud Público Chileno: Realidad y desafíos de este sistema a 6 años de su implementación*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado.
- Ruiz, F.**, 2006. *Mediación Ambiental: Una alternativa para la participación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- Salazar, M.**, 2016. *A 10 años del Sistema de Mediación Familiar en Chile*. *Revista de Mediación Familiar Chilena*, n° 1, p. 8 - 19.
- Silva, P.**, 2013. *Desarrollo de la conciliación a partir de la Constitución de 1991*. *Revista Panorama*, n° 7, p. 80 - 86.
- Soletto, H.; Fandiño, M.**, 2017. *Manual de Mediación Civil*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago de Chile. LOM.
- Suárez, M.**, 2002. *Mediando en sistemas familiares*. Argentina. Paidós.
- Vilalta, A.**, 2015. *La formación del experto mediador y los estándares de Calidad. Particularidades que imprime el entorno electrónico*. *Revista de Internet Derecho y Política*. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/viewFile/305643/395512>
- Zhang, Y.**, 2015. *Mediation model differences between China and Australia and their possible collaboration*. *Journal of interdisciplinary conflict science*. Disponible en: <http://insuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=jics>

Preparando una Negociación con la Administración: La importancia de algunos principios que rigen su actuación

Ricardo Cruzat Reyes

Abogado. Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: rcruzat2@uc.cl

Resumen

La adecuada preparación de una negociación con la Administración del Estado implica reconocer su particular configuración jurídica y los principios que la rigen. Con el objeto de evaluar cómo afectan a la Administración como negociadora, analizamos, en primer lugar, los principios de imparcialidad y objetividad, y luego, los principios de transparencia y publicidad. Dichos principios limitan los rangos de negociación al reducir los criterios que puede aplicar la Administración a aquellos que sean objetivos, y al facilitar el acceso a los criterios los adoptados en situaciones anteriores, permitiendo un mayor control por parte de los particulares. Simultáneamente, la aplicación de estos principios se asoma como una oportunidad especial de preparación para las entidades privadas, quienes pueden valerse de las herramientas de transparencia para conocer los criterios que se han adoptado en casos previos y así planificar adecuadamente su estrategia.

1. Negociar con éxito: la importancia de prepararse

La negociación es una actividad que realizamos constantemente y en distintos contextos, desde el familiar hasta el profesional. Por lo mismo, negociamos sobre materias diversas, que presentan distintos niveles de relevancia para nosotros. Es quizás por esta cotidianeidad que nos cuesta ver la negociación como un desafío a enfrentar con estudiosa y metódica preparación. En efecto, por importante que sea el asunto sobre el cual se negociará, pocas veces nos preparamos debidamente, cuestión que solemos lamentar después. Así se ha constatado 'por una encuesta del Programa de Negociación UC que reveló que más del 75% de profesionales y ejecutivos consultados señalaron no haber

obtenido el resultado esperado, o haber dejado valor sobre la mesa en su última negociación relevante, debido a falta de preparación' (Saieh y Rodríguez, 2018, p.1).

En este contexto, prepararse no solo permite negociar con mayor confianza y seguridad, sino que -en un ambiente en que la gente no suele hacerlo- es propiamente una ventaja respecto de la mayoría de nuestros adversarios. No por nada se ha dicho que la preparación es el elemento fundamental de toda negociación. En efecto, en el medio nacional se ha afirmado que '[l]a clave de toda negociación exitosa es una preparación adecuada' (Blavi, 2018, p. 1).

En el presente trabajo nos enfocaremos principalmente en una de las materias que, según la doctrina especializada en este tema, debe ser objeto de especial atención al momento de preparar una negociación: la determinación de los rangos de negociación. Entendemos que el rango de negociación incluye al menos tres elementos, que en doctrina se han caracterizado como, primero, el punto de partida, que es una base a partir de la cual se negociará; segundo, el punto objetivo, que es aquél que se pretende alcanzar; y tercero, el punto de retirada, que es aquél pasado el cual las negociaciones no pueden continuar (Saieh y Rodríguez, 2018, p. 2).

El análisis que continúa se limitará, además, al estudio de un tipo de negociación específica, que es la que tiene lugar entre la Administración del Estado y los particulares. En concreto, se analizará cómo la naturaleza y marco normativo que rige el actuar del Estado puede afectar directamente la delimitación de estos rangos.

El estudio de la Administración del Estado como parte negociadora no ha sido objeto de especial interés por parte de la doctrina nacional, a pesar de que las instancias de negociación con sus organismos son cada vez más comunes e incluyen desde la resolución de conflictos específicos hasta el

diseño de políticas públicas. En este contexto, la posibilidad de alcanzar acuerdos con la Administración por medio de la negociación debería ser incentivada, ya que 'puede ayudar a remediar algunos de los problemas de la toma de decisiones administrativas al reducir el retraso y los costos asociados a la litigación y facilitando la implementación de regulaciones más viables' (Rosin, 1985, p. 364).

2. Preparándose para negociar con el Estado

A la hora de preparar una negociación, los marcos teóricos suelen poner el foco en la importancia de conocer el tipo de relación que se tiene con la otra parte, y el valor que se le asigna a esa relación. Se ha dicho, por ejemplo, que 'es importante evaluar a la otra parte y nuestra relación con ella: ¿Cuánto nos importa y deseamos o necesitamos mantenerla?' (Saieh y Rodríguez, 2018, p. 2). Por otra parte, y especialmente en el contexto de las negociaciones comerciales, se la ha asignado relevancia a la consideración de diferencias culturales, las que 'pueden dar origen a distintos intereses, prioridades o comportamientos comerciales' (Blavi, 2018, p. 1).

La preparación de una negociación con la Administración del Estado requiere de un análisis un poco más amplio y diferenciado, lo que no ha de extrañar, ya que el Estado es, sin duda, una parte difícil de asimilar a otras con las que nos toca negociar. En concreto, la preparación de una negociación con el Estado requiere reconocer que, por su especial naturaleza jurídica, su acción se encuentra reglamentada y delimitada.

En términos más específicos, debe recordarse que el Estado es una entidad jurídica y que su existencia y actuación tienen un origen y limitaciones de esa naturaleza. En concreto, en virtud del artículo 6° de la Constitución Política de la República, el Estado y sus órganos están directamente sometidos a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. Incluso más, según establece el artículo 7° de este mismo cuerpo normativo, dichos órganos sólo actúan de manera válida estando regularmente investidos, desarrollándose dentro del ámbito de su competencia y en la forma que prescribe la ley. En este mismo sentido, los servicios públicos suelen estar establecidos en leyes especiales que contemplan de manera precisa sus facultades y el alcance de las mismas. Se trata de lo que en Derecho Público se denomina principio de legalidad o de juridicidad, el que 'presupone y dispone una actuación de los órganos estatales conforme al ordenamiento jurídico' (Bermúdez, 2014, p. 89).

Adicionalmente, la Administración del Estado y sus servicios actúan en base a incentivos distintos a los que suelen operar respecto de privados (Soto Kloss, 2011). En efecto, al

menos en teoría, en sus negociaciones la Administración no busca maximizar sus propios beneficios, sino que obtener el resultado que le permita satisfacer de la mejor manera posible una necesidad pública. De hecho, no es extraño que las leyes que crean los distintos servicios públicos expliciten cuáles son las necesidades que debe satisfacer una determinada repartición, dotando al organismo de atribuciones especiales y adecuadas para poder abordarlas con eficacia. A pesar de lo anterior, los fines públicos son diversos, y se ha sostenido que no es posible determinar un concepto de interés público que tenga una aplicación general (Aguirrezabal, 2011, p. 262 y 263).

Este trabajo se centra principalmente en el estudio de algunos de los principios que rigen a la Administración del Estado, y que deben tenerse especialmente presentes a la hora de preparar una negociación con algún servicio público. En efecto, sostenemos que el conocimiento de estos principios es fundamental para preparar una negociación, ya que determinan fuertemente el contenido de los rangos de la misma, estableciendo verdaderos límites previos.

En concreto, analizaremos los principios de objetividad e imparcialidad y de transparencia y publicidad, su configuración jurídica, y cómo su operación conjunta establece márgenes jurídicos de maniobrabilidad dentro de los que se debe mover la Administración en una negociación con particulares.

3. Objetividad e Imparcialidad

El ordenamiento jurídico chileno ha agrupado estos dos conceptos dentro de un mismo principio, al punto que la Ley N° 19.880 se refiere al principio de imparcialidad en su artículo 11, estableciendo que '[l]a Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación'.

En doctrina, se ha sostenido que este principio 'se predica tanto de la Administración Pública, que como organización debe resguardarlo, como de las autoridades que toman decisiones por la Administración' (Camacho, 2008, p. 266). Por su parte, en lo que respecta a su alcance y efectos específicos, se ha dicho lo que sigue:

'Por lo que respecta a la vinculación que el principio de imparcialidad supone para los funcionarios y autoridades administrativas ésta se remite al deber personal de actuar de forma objetiva dentro del Ordenamiento jurídico de tal modo que las decisiones administrativas sean fieles a la finalidad de la potestad que actualizan evitando el vicio de desviación de poder; se realice sin apasionamientos y sopesando todos

los intereses en juego; y respeten el principio de igualdad evitando otorgar preferencias o disfavores no autorizados por el legislador' (Camacho, 2008, p. 267).

La Excelentísima Corte Suprema, por su parte, ha recurrido también al artículo 3 de la Ley N° 19.640 que Establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público para afirmar la existencia de un principio de objetividad aplicable a todos los funcionarios del Estado. Así, por ejemplo, en sentencia pronunciada el 7 de marzo de 2018, autos Rol 34.277-2017, considerando décimo sexto, se resolvió lo siguiente:

'[...] como surge del artículo 3 de la Ley N° 19.640, los funcionarios públicos se encuentran amparados por el denominado principio de objetividad. En efecto, dicho precepto, en cuanto prescribe que en "el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley", da cuenta de un principio de carácter general, aplicable a los funcionarios del Estado en su conjunto [...].'

Ahora bien, no es poco común que las negociaciones con los servicios públicos sean conducidas sin revestir las ritualidades externas de un procedimiento administrativo formalizado y estructurado de conductas no regladas, sino que rigen su actuación de manera sostenible la deino que le permitan a la Administración el se. Lo anterior en ocasiones puede dejar a los particulares en posiciones desprotegidas y vulnerables. Más aún, no es extraño que en sus negociaciones el Estado, a través de sus representantes, deba evaluar la conveniencia de ciertas decisiones o emitir juicios cualitativos que no se encuentren reglados de manera específica. En el mismo sentido, la facultad legal de conducir negociaciones no suele encontrarse delimitada en detalle en nuestro Ordenamiento jurídico. Ahora, nada esto implica que estas conductas puedan quedar liberadas de control jurídico y sometidas a la arbitrariedad de una o varias personas. De hecho, en doctrina se ha negado la existencia de actos que sean absolutamente discrecionales, precisando que aún en la adopción de este tipo de decisiones la Administración debe decidir únicamente entre aquellas alternativas que sean 'válidas bajo el prisma de la norma legal' (Bermúdez, 2014, p. 142).

Abordando una situación similar, en que una Secretaría Regional Ministerial debía emitir una certificación respecto de la cual no existían metodologías de medición regladas, la Contraloría General de la República dictaminó que el servicio debía llevar adelante la medición de manera imparcial y

objetiva, y respetando el principio de probidad. En efecto, en el Dictamen N° 45.418 de 8 de junio de 2015, la Contraloría General de la República estableció lo siguiente:

Con todo, cabe hacer presente, en términos generales, que lo anterior no releva a las SEREMIS de observar el principio de imparcialidad que contempla el artículo 11 de la ley N° 19.880, conforme al cual los servicios públicos, tanto en la substanciación de sus procedimientos como en las resoluciones que adopten, deben actuar con objetividad y respetar el principio de probidad, el que, a su vez, les impone la obligación de emplear medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, según se establece en el artículo 53 de la ley N° 18.575.

Este criterio, que fue ratificado en el Dictamen N° 22.691 de 20 de junio de 2018, reafirma que los principios de actuación establecidos en la Ley N° 19.880, y especialmente los de objetividad e imparcialidad, han de ser respetados por los servicios públicos aún en el la realización de conductas no regladas, como ocurre en el caso de una negociación con particulares.

El deber legal de conducirse de manera objetiva e imparcial tiene grandes implicancias que deben tenerse en cuenta al preparar una negociación con un servicio público. En primer lugar, la sola existencia de esta limitación implica que el Estado sea una parte negociadora muy particular, ya que en general los privados no se encuentran limitados por este criterio, pudiendo tomar decisiones libremente y, si lo desean, seguir sus impulsos subjetivos y adoptar decisiones arbitrarias. Por otra parte, este principio limita el rango de negociación disponible, al reducirlo a las soluciones que caben dentro de las determinaciones que la Administración podría tomar actuando dentro de los ya indicados márgenes de objetividad e imparcialidad. Según veremos, esta reducción de rangos se acentúa aún más cuando este principio opera simultáneamente con los principios de transparencia y publicidad.

4. Transparencia y Publicidad

A partir de la Reforma Constitucional del año 2005, los principios de transparencia y publicidad quedaron explícitamente establecidos en el artículo 8° de la Constitución Política de la República. En línea con esto, las reglas necesarias para dar aplicación directa a este principio, incluyendo normas orgánicas y procedimentales, fueron establecidas por la Ley N° 20.285.

Transparencia y publicidad no son términos sinónimos, sino principios diferenciados. De hecho, se ha enseñado

que 'como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional, la publicidad y la transparencia no son términos idénticos' (Navarro, 2013, p. 154). Sin perjuicio de lo anterior, en materia de procedimientos administrativos se ha entendido que ambos tienen por objeto 'que se permita y promueva el conocimiento, de los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten' (Osorio, 2017, p. 211).

En la actualidad, la institucionalidad de transparencia distingue dos dimensiones de la transparencia, según explica el Consejo para la Transparencia: la Transparencia Activa y el Derecho de Acceso a la Información (Consejo para la Transparencia, 2018). En similar sentido, la Ley N° 20.285 establece separadamente el Título II denominado 'De la Publicidad de la Información de los Órganos de la Administración del Estado', del Título III llamado 'De la Transparencia Activa' y del Título IV "Del Derecho de Acceso a la información de los Órganos de la Administración del Estado".

La explicitación de estos principios y la creación de una institucionalidad al efecto han tenido gran trascendencia en nuestro ordenamiento, llegándose a afirmar que constituirían una verdadera 'Regla de Oro' del Derecho Público (Cea, 2013). De hecho, se ha sostenido que 'se trata de una base del sistema institucional, la cual debe irradiarse al resto de ese sistema y ser siempre y por todos respetada, sean órganos estatales, organizaciones sociales o individuos. Secuela de lo escrito es que reviste también la cualidad de cima, en cuanto impulsa y orienta las acciones y determinaciones públicas a la consecución de cuanto ella implica' (Cea, 2013, p. 119 y 120). En similar sentido, en doctrina de Derecho Administrativo se ha dicho que 'el derecho subjetivo de acceso a la información pública se alza como la piedra angular de la participación ciudadana y el control social de los actos estatales, y como una herramienta fundamental de la democracia representativa y participativa' (Osorio, 2017, p. 216).

El uso que se le ha dado a esta nueva institucionalidad establecida en la Ley N° 20.285 ha alcanzado gran envergadura, llegándose a diciembre de 2018 a un total de más de 27.000 ingresos al Consejo para la Transparencia (Consejo para la Transparencia, 2018).

En lo que se refiere al alcance de este principio, se ha dicho que este 'se refiere no solo a aquellas actuaciones terminales, es decir, el acto administrativo (el que por regla general posee reglas particulares para darse a conocer) sino de aquellas actuaciones que se produzcan al interior de cualquier procedimiento administrativo, conduzca o no a la dictación de un acto terminal' (Bermúdez, 2014, p. 191). Similarmente, el artículo 16 de la Ley N° 19.880

establece que '[e]l procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él'.

En lo atinente a este trabajo, los principios de transparencia y publicidad han abierto al escrutinio público la conducta y las decisiones de los organismos de la Administración del Estado. No solo se ha permitido a las mismas partes interesadas acceder directamente al procedimiento, documentación y fundamento de las decisiones administrativas, sino que esta información ha pasado a ser de acceso público. De hecho, la institucionalidad de transparencia ha permitido que la prensa y en general los medios de comunicación masiva puedan acceder a estos antecedentes y darlos a conocer al público.

En este contexto, los criterios y parámetros que aplica el Estado en su toma de decisiones han pasado a ser, si no de conocimiento público, al menos de fácil acceso para cualquier interesado. En concreto, una cantidad considerable de información relevante se encuentra disponible directamente en los sitios web de algunos servicios, y existe un derecho amplio a solicitar acceso a información adicional, con causales de excepción muy limitadas. Según se desarrolla en el resto de este trabajo, esto tiene importantes implicancias para las negociaciones con el Estado, especialmente en cuanto a la delimitación del rango de negociación.

5. La determinación de los rangos de negociación cuando la contraparte es el Estado

Según ya hemos adelantado, una adecuada preparación es fundamental para el correcto desenvolvimiento de una negociación y afecta directamente su efectividad. Uno de los pasos que se debe seguir en dicha preparación consiste en delimitar los rangos de negociación. Como se adelantó, la determinación de estos parámetros consiste básicamente en el establecimiento de un punto de partida, un punto de objetivo y un punto de retirada.

A lo largo de este trabajo hemos argumentado que en la preparación de negociaciones en que la contraparte es el Estado, debe considerarse que la naturaleza jurídica de éste tiene importantes implicancias, particularmente en la determinación de los rangos de negociación. En efecto, la Administración del Estado está regida en su actuación por ciertos principios jurídicos que pueden llegar a determinar su rango de acción y decisión.

En primer lugar, en virtud de los principios de objetividad e imparcialidad, los órganos del Estado, y en particular

sus funcionarios, deben conducir su actuación y adoptar sus decisiones de manera desapasionada y con apego a los criterios establecidos en el Ordenamiento jurídico, sin dejarse llevar por intereses personales ajenos al correcto desempeño de su función. Esto limita el rango de acción por cuanto le impone a la Administración del Estado un margen de decisión al que no están sometidos los particulares. La especial relevancia de esto radica en que se trata de un margen de naturaleza jurídica, al punto que el sistema le otorga al particular acciones jurisdiccionales que le permiten impugnar actos y decisiones que no respeten estos márgenes.

En segundo lugar, por aplicación de los principios de transparencia y publicidad, las actuaciones y decisiones de la Administración del Estado, así como sus antecedentes y fundamentos son, por regla general, accesibles para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden acceder a parte importante de la información a la que tiene acceso la Administración y sobre la cual fundará sus decisiones. Este elemento, bien aprovechado, se asoma como una herramienta fundamental a la hora de preparar una negociación.

Ahora bien, el efecto más relevante de estos principios no deriva de sus consecuencias directas, sino de su operación conjunta. Así, la aplicación de estas directivas jurídicas constituye una verdadera base de precedentes administrativos que se encuentra a disposición de los particulares, permitiéndole conocer y revisar los criterios y fundamentos que ha adoptado la Administración en casos anteriores. El efecto que estamos describiendo es distinto del llamado principio de confianza legítima, que ha sido desarrollado por la doctrina y que funda un sistema de precedentes administrativos vinculantes en el principio de seguridad jurídica, siendo reconocido por la jurisprudencia principalmente en materia de invalidación de actos administrativos (Bermúdez, 2014, pp. 110-125).

En este contexto, y especialmente en tiempos de un acceso masivo a la información y de estricto escrutinio público, la Administración se ve obligada detallar cuidadosamente los criterios de carácter objetivo que va empleando en sus decisiones, los que pasan a ser de conocimiento y acceso público. En consecuencia, el particular puede preparar sus rangos conociendo los límites dentro de los cuales la Administración se ha movido en el pasado.

Cabe aclarar que el fenómeno que describimos no constituye ni jurídicamente ni en la práctica un sistema de precedentes propiamente vinculantes, pero sí configura un sistema de control y genera incentivos para la mantención de criterios.

Una adecuada comprensión de este sistema es fundamental para preparar una negociación con el Estado,

porque permite conocer un importante centro de intereses de la Administración. Conociendo y comprendiendo los intereses y necesidades del Estado, la parte negociadora puede formular propuestas que sean compatibles con las necesidades de la contraparte, cuestión fundamental en una negociación (Perry & Christensen, 2015, pp. 521-522).

En efecto, la aplicación conjunta de estos principios le impone al menos dos cargas importantes a la Administración si desea modificar criterios anteriores. En primer lugar, el órgano deberá justificar la modificación de acuerdo a criterios de carácter objetivo y preocupándose de no generar dudas respecto de imparcialidad con la que se adoptaron decisiones anteriores. En segundo lugar, el funcionario o el conjunto de ellos que realice las actuaciones y adopte las decisiones debe hacerlo teniendo presente que existe una posibilidad real de que su conducta sea sometida a escrutinio público y a comparación con actuaciones y decisiones previas.

6. Consejos prácticos

Como fruto de las reflexiones contenidas en este trabajo, ofrecemos las siguientes conclusiones, en forma de consejos prácticos, que han de resultar de utilidad a la hora de preparar una negociación con la Administración del Estado:

- a) Considere la naturaleza jurídica de la Administración del Estado y especialmente su configuración jurídica. Conozca la articulación orgánica y facultades del servicio específico con el cual negociará y detecte las limitaciones jurídicas que le puedan ser favorables.
- b) Utilice los mecanismos de transparencia disponible para conocer detalladamente cuáles han sido los criterios que ha adoptado el servicio en el pasado y para informarse acerca de cuál es la información que maneja el organismo y sobre la cual fundará su decisión final.
- c) Válgase de los márgenes indicados en el capítulo anterior para establecer sus rangos de negociación. Si su punto de objetivo es coincidente con la aplicación de estos criterios, podrá establecer cómodamente su punto de salida bastante cerca de éste. En caso contrario, deberá formular su punto de partida de manera tal que le permita maniobrar dentro de los márgenes jurídicos de la Administración.
- d) Si su punto de objetivo no es coincidente con los criterios pasados del servicio con el que negocia, ármese de criterios de legitimidad alternativos que no solo sean persuasivos, sino que le permitan a la Administración justificar su acto o decisión en base a criterios objetivos y razones que hagan públicamente sostenible su adopción.■

Bibliografía

- Aguirrezabal, Maite** (2011). El Sernac como parte de los procesos colectivos de consumidores y usuarios. En Arancibia, J., Martínez, J. & Romero, Alejandro (Eds.), *Litigación Pública* (pp. 247-286). Santiago: Legal Publishing Chile.
- Bermúdez, Jorge** (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Blavi, Francisco** (2018). Diez principios prácticos para conducir una negociación comercial exitosa. *Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos*, Número II, pp. 20-21.
- Camacho, Gladys** (2008). Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la Administración del Estado. En Pantoja, R. (Ed.), *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra* (pp. 241-276). Santiago: Editorial Jurídica.
- Cea, José Luis** (2013). Tercera regla de oro del Derecho Público. Bases constitucionales del principio de transparencia. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Número 1-2013, pp. 107-142.
- Consejo para la Transparencia de Chile** (2018). ¿Qué es la Ley de Transparencia? Recuperado de: <https://www.consejotransparencia.cl/inicio/que-es-la-ley-de-transparencia/>.
- Consejo para la Transparencia de Chile** (2018). Datos de casos del CPLT. Recuperado de: <https://www.consejotransparencia.cl/tableau/datos-de-casos-del-cplt/>.
- Contraloría General de la República de Chile** (2015). Dictamen N° 45.418, de 8 de junio de 2015.
- Contraloría General de la República de Chile** (2017). Dictamen N° 22.691, de 20 de junio de 2017.
- Corte Suprema de Chile** (2018). *Sociedad Constructora e Inmobiliaria Andalién S.A. contra de la Municipalidad de Arica*. Causa Rol N° 34.277-2017, sentencia de 7 de marzo de 2018.
- Navarro, Enrique** (2013). Bases constitucionales del principio de transparencia. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Número 1-2013, pp. 143-171.
- Osorio, Cristóbal** (2017). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Santiago: Thomson Reuters.
- Perry, James & Christensen, Robert** (2015). *Handbook of Public Administration*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Rosin, Bob** (1985). EPA Settlements of Administrative Litigation. *San Francisco: Ecology Law Quarterly*, Número 12:2, p. 364.
- Saieh, Cristián y Rodríguez, Darío** (2018). Si quiere perder, siga improvisando. *Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos*, Número II, pp. 9-11.
- Soto Kloss, Eduardo** (2011). *Adversus Haereses*. En Arancibia, J., Martínez, J. & Romero, Alejandro (Eds.), *Litigación Pública* (pp. 3-10). Santiago: Legal Publishing Chile.

Mediación laboral y la gestión de las emociones de las terceras partes

Jorge Cea Rodríguez

Profesor, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. Correo electrónico: jorge.cea@uach.cl.

Jorge Riveros Sudy

Doctor en Economía y Administración de la Universidad de Zaragoza. Profesor de Instituto de Administración, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Valdivia, Chile.

Roberto Cárdenas Gutiérrez

Ayudante de Investigación. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile.

Resumen

La presente investigación abordó la importancia del conflicto, su surgimiento, desarrollo y gestión en las organizaciones. Se describe uno de los principales procesos de resolución de conflictos utilizados en este ámbito, como es la mediación. Se analiza la efectividad que este proceso de mediación ha tenido en la resolución de conflictos laborales en Chile, durante el período 2002-2016. También se detallan los comportamientos más exitosos de los mediadores laborales y su relación con la gestión de las emociones. Para concluir se discuten las implicaciones de algunos hallazgos en torno a las competencias de los mediadores laborales y algunos retos para las futuras investigaciones.

1. Introducción

El conflicto en el trabajo es inherente a la dinámica de las organizaciones sociales y está presente tanto a niveles interpersonales, como grupales y organizacionales (Boz, Martínez y Munduate, 2009; Medina, Munduate, Dorado, Martínez y Guerra, 2005; Ury, Brett y Goldberg, 1988). Las organizaciones tienen conflictos, producto de las relaciones que se establecen entre los miembros que las componen y por los vínculos que la misma organización mantiene con su entorno económico, social o político. Dicho entorno está marcado por

la competencia y el logro de objetivos materiales, sin medir, a veces, las formas de llevarlos a cabo y las consecuencias en las personas. Respecto a estas repercusiones, la literatura da cuenta que la aparición del conflicto entre los compañeros de trabajo y su gestión ineficaz; tiene graves consecuencias, no sólo para la productividad de las organizaciones, sino que también para la salud laboral de las personas (Benítez, Medina y Munduate, 2011; Roberts, 2005; De Dreu, Van Dierendonck y Dijksstra, 2004; Van Woerkom y Van Engen, 2009; Gil-Monte, 2009; Zhang, Bollen, Pei, y Euwema, 2018). En este contexto de salud laboral que nos interesa recalcar, el conflicto puede ser entendido como un proceso que ocurre entre partes que experimentan reacciones emocionales negativas al percibir discrepancias e interferencias en el logro de sus objetivos (Barki y Hartwick, 2004), siendo el conflicto relacional una de las fuentes de estrés más importantes en el mundo del trabajo (Giebels y Janssen, 2005; Spector y Jex, 1998); suscitando muy probablemente, estados emocionales negativos (Bodtker y Jameson, 2001) como son enfado, disgusto, agresividad y resentimiento (Frone, 2000).

Es por ello que se hace necesario que en toda organización exista una adecuada gestión este tipo de conflictos relacionales; por parte de los directivos, terceras partes o quienes deban mediar en estas disputas, siendo necesarias la adquisición o el desarrollo de herramientas para identificarlos, seguir sus procesos y colaborar en su resolución.

Si la negociación no es posible, uno de los métodos de gestión más conocidos de este tipo de conflictos (aunque no es el único), es la mediación, cuyos beneficios la convierten en un instrumento eficaz, en tanto que ofrece la posibilidad de ir más allá de la resolución de un conflicto puntual y transformarse en una herramienta moderadora de las relaciones personales y preventiva de futuras tensiones o nuevos conflictos (Martínez, Munduate, y Medina, 2008). En este sentido, el Código del Trabajo en su artículo 351, contempla la posibilidad que las partes, en caso que la negociación colectiva fracase, acuerden solicitar a la Inspección del Trabajo la mediación denominada de Buenos Oficios, para llevar adelante una negociación asistida señalando el procedimiento al que ésta debe ajustarse o al que contemplan los artículos 351, 352, 353 y 354 y que se extenderá por un periodo legal de cinco días. Por otra parte, para estos efectos, el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) número 1 del 30 de Julio del año 1992, creó un cuerpo de mediación y marcó las normas relativas para su funcionamiento en la resolución de los conflictos laborales (Marambio, 2008), que luego de la dictación de la Orden de Servicio N°1 del 30 de enero de 2002 de la Dirección del Trabajo, que institucionaliza el sistema de mediación, se establecieron diversos tipos de mediación laboral para solucionar los conflictos colectivos de trabajo; entre los se encuentran: Mediación Solicitada, Mediación de Oficio (Mediación Programada y Mediación Reactiva), Buenos Oficios (Dirección del Trabajo, 2002), los cuales, de alguna manera, ayudan a la gestión de las emociones negativas que las disputas pueden originar.

La mediación puede ayudar a reducir la angustia emocional que las partes en conflicto atraviesan cuando tienen un problema que no han resuelto (Bennett, 2014). Si bien la gestión de las emociones implicadas en un conflicto es fundamental (Larraín, 2017), la base principal de la negociación y de la mediación, no es simplemente el análisis cognitivo de intereses de las partes en conflicto y el desarrollo racional del resultado más eficiente; si no el reconocimiento de los factores emocionales subyacentes y el manejo de las emociones de las terceras partes, que podrían ser considerados como factores claves para la gestión eficaz de los conflictos (Kelly y Kaminskiené, 2016).

Este artículo tiene tres objetivos: entender el conflicto, su surgimiento y desarrollo en las organizaciones; explorar uno de los mecanismos de resolución de conflictos más utilizados en las organizaciones, como es la mediación; y definir las competencias de los mediadores laborales, la gestión de las emociones implicadas, su papel en la resolución de disputas laborales y cómo contribuyen a mejorar la eficacia de la mediación.

Para recopilar la información más relevante sobre las temáticas a tratar en esta revisión bibliográfica se utilizaron varias fuentes documentales. Se realizó una búsqueda bibliográfica en octubre de 2018 en la Web of Science utilizando los descriptores: conflicto, mediación laboral, gestión de las emociones, terceras partes. Los registros obtenidos oscilaron entre 735 y 11, tras la combinación de las diferentes palabras clave. También se efectuó una búsqueda similar en internet mediante "google académico" con los mismos términos. Finalmente, se seleccionaron aquellos documentos que diesen cuenta sobre los aspectos considerados en los tres objetivos propuestos para la revisión.

Estructuramos el artículo de revisión bibliográfica en cuatro secciones. En la primera sección, examinamos la importancia del conflicto, su surgimiento, desarrollo y gestión en las organizaciones. Luego presentamos y describimos uno de los principales procesos de resolución de conflictos, como es la mediación laboral. A continuación, examinamos los comportamientos más exitosos de los mediadores laborales y su relación con la gestión de las emociones. Terminamos finalmente, discutiendo las implicaciones de algunos hallazgos en torno a las competencias de los mediadores laborales y algunos retos para las futuras investigaciones.

2. Comprensión del conflicto, su surgimiento y desarrollo en las organizaciones

Las personas – en el ámbito laboral - están en conflicto cuando están obstruidas o irritadas por otro individuo o grupo; e inevitablemente reaccionan en una forma beneficiosa o costosa (Van de Vliert, 1997). El conflicto en este ámbito, es definido como "el proceso que comienza cuando una parte percibe que la otra le ha afectado negativamente, o está a punto de afectarle negativamente, algo que a él o ella le preocupa" (Thomas, 1992, p. 653).

Por su parte, Putnam y Poole (1987), definieron el conflicto como una respuesta de una persona, a raíz de la percepción que las partes en disputa poseen aspiraciones diferentes que no pueden ser conseguidas de una manera simultánea. En este sentido, el conflicto se podría definir como diferencias de intereses u opiniones - entre una o más partes - sobre una determinada situación o tema. Estos autores (Putnam y Poole, 1987) proponen tres características comunes a las definiciones de conflicto, a saber, a) la interdependencia entre las partes, b) la percepción, de al menos una de las partes, que hay algún grado de oposición o incompatibilidad entre los objetivos de las partes, y c) alguna forma de interacción entre las partes.

Si bien podría pensarse que la ocurrencia de conflictos en las organizaciones es algo contraproducente y que afecta negativamente a las partes implicadas, puede ser beneficioso si es que ellos, se gestionan bien. Algunos teóricos resaltan los efectos positivos de la presencia de conflictos, bajo determinadas circunstancias (De Dreu y Weingart, 2003). Así por ejemplo, su presencia, en ocasiones, es un elemento necesario para la producción y la modificación del conocimiento ya que dificulta la aparición del pensamiento grupal (Turner y Pratkanis, 1994; Medina, Munduate, Martínez, Dorado y Mañas, 2004).

Una idea que apoya los efectos positivos del conflicto bajo determinadas circunstancias es el hecho que el conflicto, en el que los intereses de los dos antagonistas se oponen totalmente, es un caso especial. En este caso, la obtención de recompensas para las partes a causa del conflicto, no tiene el sentido de ganar a un adversario, si no que implica un proceso de negociación o búsqueda de un acuerdo, y/o la prevención de conductas mutuamente perjudiciales para ambas (Schelling, 1980).

Es bien sabido que el conflicto genera que las partes se involucren emocionalmente, generando en ellas, sentimientos de hostilidad, desconfianza, amenaza, entre otros. Por otra parte, las emociones tienen un rol importante al modelar las percepciones, de tal modo que las emociones podrían generar una simplificación de los asuntos a tratar, como también desconfianza e interpretaciones negativas del comportamiento de la otra persona (Kumar, 1989; Shapiro y Fisher, 2005). En contraste, las emociones positivas (la esperanza, alegría, gozo) ayudan a tener un punto de vista más amplio de la situación, permitiendo el desarrollo de soluciones más creativas (Carnevale e Isen, 1986; Shapiro y Fisher, 2005).

Como podrá apreciarse más adelante, para gestionar adecuadamente los diferentes tipos de conflictos en las organizaciones existen diversos mecanismos.

3. Gestión de conflictos laborales

La gestión de los conflictos es un factor clave para el trabajo de los administradores y los profesionales (Euwema, Kop y Bakker, 2004). Este elemento clave de la gestión en las organizaciones puede ser definido como "el proceso utilizado por las partes en conflicto, para llegar a una solución" (Sweeney y Carruthers, 1996, p.328), o como "aquellos comportamientos orientados hacia la intensificación, reducción, y resolución de la tensión propiciada por el mismo" (De Dreu, Harinck y Van Vianen, 1999, p. 371).

Las tensiones o conflictos entre dos o más partes; pueden ser resueltos por tres caminos que coexisten: primero, reconciliando los intereses; segundo, determinando quién tiene la razón; y tercero, estableciendo quién tiene más poder. Estas tres aproximaciones, de acuerdo a Ury, Brett, y Goldberg (1988) se caracterizan por tres cuestiones importantes, a saber: a) Poder: Coerción, amenazas, protestas; b) Derechos: Criterios estándar independientes u objetivos, contractuales, normativos, legales; y c) Intereses: Necesidades, deseos y preocupaciones.

Volviendo al contexto de la negociación colectiva, mencionado anteriormente, existen básicamente dos clases de disputas entre empleadores y empleados, ya sean las relacionadas con conflictos basados en el derecho, o aquellas relacionadas con conflictos basados en el interés (Devinat y Budd, 1997). Los conflictos de interés se refieren a aquellos relativos a la creación de términos y condiciones de empleo, los que tratan "una inconsistencia entre dos partes, por sus preferencias para la asignación de un recurso escaso" (Rahim, 1992, p. 21), como por ejemplo, el que se puede dar en un convenio colectivo. Por su parte, los conflictos basados en el derecho o jurídicos, se refieren a la aplicación e interpretación de una norma establecida previamente por el derecho (Martínez, Munduate, Medina y Euwema, 2008), como por ejemplo, el que ocurre cuando existe una violación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por su parte, focalizarse en los intereses implica que las partes en conflicto intentan descubrir las preocupaciones, deseos y necesidades latentes de la otra parte, procurando encontrar vías de reconciliación para levantar un acuerdo (Ury, Brett, y Goldberg, 1988; Munduate y Barón, 2007). Siguiendo con esta lógica, resulta menos costoso solucionar los conflictos centrándose en los intereses, ya que posibilita el realizar intercambios al mismo tiempo de obtener ganancias conjuntas, resolviendo los problemas latentes, favoreciendo la implementación del acuerdo y preservando las relaciones entre las partes (Ury, Brett, Goldberg, 1988; Munduate y Barón, 2007; Martínez, Munduate, Medina y Euwema, 2008).

Otra clasificación de los conflictos también utilizada en el mundo laboral es la que distingue dos tipos de conflictos en función del origen del mismo; por un lado, el conflicto de tareas; y por otro, el conflicto de relaciones. El primero, orientado a la tarea, se refiere a desavenencias en la forma de hacer las tareas; mientras que el relacional, se refiere a cuestiones de identidad, donde entran en juego las creencias y valores de las personas (Jehn, 1995).

Ya sean conflictos de interés o de derechos, de tareas o de relaciones; existen distintas formas de gestionarlos -

adecuadamente, dentro de las organizaciones; que van desde la negociación, pasando por la mediación y el arbitraje (León-Pérez, Medina y Munduate, 2008). En este sentido, se puede

afirmar que las intervenciones en conflictos han seguido, en términos generales, el siguiente continuo:

Alternativas	Evitación	Negociación	Mediación	Arbitraje	Dominación
Actividad	Evitación del problema	Diálogo directo	Diálogo asistido	Solución impuesta por un tercero	Ejercicio de poder unilateral
Objetivo	Alejamiento del problema	Solución integrativa basada en intereses	Solución integrativa basada en intereses	Solución distributiva basada en criterios objetivos o derechos	Solución basada en violencia, maniobras políticas

Tabla 1. Alternativas de Solución de Conflictos (Munduate, Butts, Medina y Martínez, 2008)

El presente artículo se centra en la mediación, ya que un conflicto que requiere mediación es generalmente un conflicto difícil de resolver (Billikopf-Encina, 2002); donde por tanto, habrán mayores emociones negativas implicadas. Desde una perspectiva psicosocial, el conflicto es considerado como un proceso, es decir, un fenómeno dinámico en el cual es posible identificar distintas fases a través de las cuales el conflicto y las relaciones entre las partes se transforman, influyen y retroalimentan, modificando y condicionando la evolución del conflicto (Medina, Benítez y Munduate, 2012). El conflicto podría ser considerado como un factor de riesgo psicosocial, entendido por determinados resultados producidos por la interacción de las condiciones de trabajo con las necesidades, habilidades y expectativas del trabajador, y que pueden afectar su salud a través de distintos procesos psicológicos, estrechamente relacionados entre sí (Uribe, 2014).

Considerando la idea anterior, la mediación puede ser comprendida cómo un proceso en sí mismo que se enmarca dentro de un proceso más amplio que busca ayudar a resolver un determinado conflicto. Es por ello, que la mediación siempre ha de entenderse en el contexto del tipo de conflicto que busca resolver, lo que supondría como error grave del mediador, el que considerase que el proceso de mediación comienza de cero. Por tanto, es muy importante conocer las características de las relaciones previas entre las partes, las emociones vividas y los acontecimientos que se han

producido en torno al conflicto, ya que puede condicionar en gran medida el desarrollo y los resultados, así como la manera en que se desarrollarán las interacciones futuras en la negociación (Moran y Ritov, 2006; Kernan, Hunt y Conlon, 2007; Steinel, Abele y De Dreu, 2007), así como los procesos de mediación (Quiroga, 2006).

4. Mediación de conflictos laborales

La mediación, en esencia, debe ser vista como una extensión del proceso de negociación en que un tercero interviene para cambiar el curso o resultado de un conflicto. El tercero no tiene autoridad de poder para la toma de decisiones (Wall, Stark, y Standifer, 2001, Gaytan y Kleiner, 1999), está ahí para ayudar a los disputantes en la búsqueda de un acuerdo mutuamente aceptable. Los acuerdos alcanzados en una mediación son vinculantes para las partes; lo que no implica necesariamente llegar a acuerdos de forma obligatoria; lo que si sucede en cambio en otras formas de intervención, como es el arbitraje. La mediación, habitualmente se inicia a petición de las partes y deja el poder de la toma de decisiones, en última instancia, en las partes en conflicto (Bercovitch, 1996).

Antes que sea necesario llegar a recurrir a jueces, árbitros o abogados frente a alguna disputa, la mediación se constituye en una de las vías de solución de conflictos, donde un tercero neutral colabora para que las partes lleguen a un mejor

acuerdo que sea satisfactorio para ambas involucradas en un conflicto (Carnevale y Pruitt, 1992). Esta vía extrajudicial de resolución de conflictos puede ser definida en los siguientes términos:

"La mediación es un procedimiento, compuesto por una serie de estrategias y técnicas, mediante el cual las partes implicadas, con la participación y ayuda de un tercero imparcial e independiente, identifican, formulan y analizan las cuestiones en disputas, con el objetivo de desarrollar y proponer ellas mismas opciones o alternativas que les permita llegar a un acuerdo que solucione el conflicto o mejore las relaciones entre las partes" (Quiroga, 2006, p.116).

De acuerdo a Munduate y Medina (2006), la mediación permite la resolución de controversias centrándose en los intereses, utilizando técnicas relativas al proceso y la comunicación entre las partes, permitiendo descubrir las preocupaciones y problemas de ambas, implicándolas en la búsqueda de soluciones. La mediación significa literalmente "comunicación" y es un procedimiento flexible de solución de diferencias en el que un tercero, el mediador, ayuda a lograr un acuerdo negociado entre las partes (Haft, 2000). El mediador se convierte así en alguien que guía el proceso comunicacional entre dos o más disputantes, con el fin que puedan resolver sus conflictos y satisfacer sus intereses (Lagos, 2018).

Debido a que la mediación es un tipo de negociación asistida por un tercero neutral (Saieh, 2018), el presente artículo se ha querido enmarcar dentro de las principales tradiciones que han seguido en torno a la investigación de las negociaciones en las organizaciones; a saber, aquella tradición que busca desarrollar teorías predictivas acerca del impacto que tienen las condiciones ambientales sobre la conducta del negociador o mediador, y aquella desarrollada por los teóricos que proporcionan consejos y recomendaciones sobre la preparación y el desarrollo de la negociación y mediación eficaz (Carnevale y Pruitt, 1992), como por ejemplo la gestión adecuada de las emociones de las partes implicadas en un conflicto (Larraín, 2017).

4.1 Modelos de Mediación

De acuerdo a Vallejo y Guillén (2006), es posible encontrar cinco modelos que definen determinadas estrategias y tácticas en el marco de actuación del mediador, de estos modelos se destaca el de *Contingencias Estratégicas* ya que es el que más apoyo científico tiene; de él es posible rescatar algunos aportes de interés para el presente artículo de reflexión. Se señala por ejemplo, la importancia que tiene

el poder de las partes, la re-educación de la incertidumbre, la sustitución y posición de las partes en la resolución de conflictos. Se centra en los mecanismos específicos utilizados en la solución de conflictos en marcos contextuales concretos (Kressel y Pruitt, 1989, en Vallejo y Guillén, 2006).

El aporte del modelo de contingencias estratégicas reside en que describe los factores a considerar por el mediador de forma precisa. "Su utilidad proviene de la observación de que las raíces del éxito del mediador se anclan en la habilidad para resolver los problemas" (Vallejo y Guillén, 2006, p. 61), lo cual tiene bastante interés para la presente investigación en tanto se relaciona con el tema de los comportamientos necesarios de los mediadores para llevar a cabo el proceso de forma efectiva. Se puede considerar la mediación como una estrategia preventiva, ya que promueve la prevención de los conflictos futuros, resuelve los actuales al promover espacios de encuentro entre las partes, reduciendo la posibilidad de un escalamiento en los conflictos o que no se resuelvan adecuadamente. Se propicia de esta forma, la búsqueda de soluciones basadas en el consenso y la corresponsabilidad de las partes, tal como es posible ver gráficamente representado en la figura 1.

Como es posible observar, y tal como señalan Martínez, Munduate y Medina (2008), la mediación es un instrumento eficaz como herramienta preventiva, ya que ofrece la posibilidad de ir más allá de la resolución de un conflicto puntual y convertirse en una herramienta moderadora de las relaciones y preventiva de futuras tensiones o conflictos.

4.2 Eficacia de la mediación laboral

Si bien la mediación puede ofrecer gran variedad de beneficios, en términos de costo y eficiencia (Latreille, 2011), la mayor parte de los estudios se han centrado principalmente en el acuerdo (Wall, Stark y Standifer, 2001; Lipsky, Seeber y Fincher 2003). Es así como Lim y Carnevale (1990) señalan que la efectividad de la mediación se centra en el acuerdo general, el cual definen como referido a aspectos generales de lo acordado entre las partes, como son el alcanzar el acuerdo y que éste sea mutuamente beneficioso para ambas, duradero y que no contenga nada ambiguo. Es así que algunos criterios de éxito son el que la relación entre las partes mejora, se crean sentimientos de buena voluntad hacia el mediador y se hace improbable que surjan nuevos problemas entre las partes en el futuro (Lim y Carnevale, 1990).

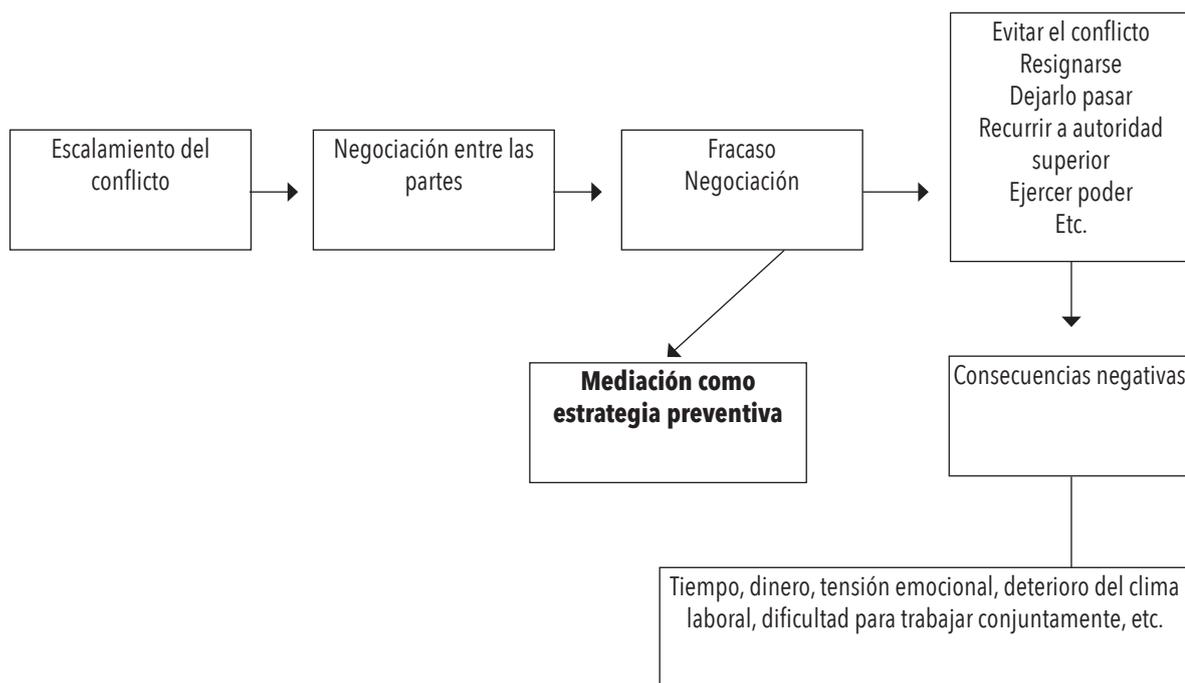


Figura 1. Mediación como estrategia de prevención en el ámbito laboral (Martínez, Guerra, Medina, Dorado, Munduate, 2006).

Para calcular la tasa de éxito de los casos de mediación laboral gestionados por la Dirección del Trabajo en nuestro país, se consideraron los casos de mediación durante los años 2002 y 2016, ya que es la información disponible hasta el momento. Se calculó la tasa de éxito del sistema en base a la siguiente definición operacional:

$$TE = \frac{\text{N}^\circ \text{ casos con acuerdo}}{\text{N}^\circ \text{ de casos ingresados aceptados}} \times 100$$

La tasa de éxito corresponde al porcentaje de casos resueltos con acuerdo o avenencia en relación con el total de casos ingresados a tramitación. Los casos con acuerdo son aquellos declarados como tal, por los mediadores e informados a las instituciones de esa manera. Los casos ingresados a tramitación, son aquellos en los que se cumplieron las formalidades descritas en las normativas

respectivas de cada uno de los sistemas de mediación laboral.

Durante el período 2002-2016 se realizaron 23.998 procedimientos de mediación laboral, tanto en conflictos jurídicos como de intereses, en el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales, disponible en la Dirección del Trabajo en Chile.

La tasa de éxito medio de los procedimientos de mediación del período 2002-2016 fue de 65,30%. El detalle de la tasa de éxito por año en el sistema de mediación se encuentra en la Tabla 2 (Dirección del Trabajo, 2010, 2014, 2015, 2016).

Año	Número de casos ingresados aceptados	Número de casos con acuerdos por medio de mediación	Tasa de éxito del procedimiento de mediación
2002	268	187	69.7
2003	430	289	67.2
2004	480	324	67.5
2005	692	506	73.1
2006	864	654	75.7
2007	1009	750	74.3
2008	1028	717	70.1
2009	1224	789	65.3
2010	1562	1020	67.2
2011	2088	1300	62.2
2012	2627	1617	61.5
2013	2799	1614	57.6
2014	2882	1712	59.4
2015	3061	1665	54.4
2016	2984	1611	53.9
Total periodo 2002-2016	23998	11479	65.30

Tabla 2. La tasa de éxito por año del sistema de mediación de conflictos laborales en Chile.

Respecto a la efectividad de la mediación en Chile, algunos autores han encontrado que el uso de estrategias contextuales y reflexivas contribuye al éxito de la mediación, ya que no se tiene distinción con respecto al uso de estrategias en diferentes tipos de conflictos (Cea, Ramírez-Marín y Medina, 2015).

Sin embargo, determinar cuáles son los elementos que garantizan la efectividad de la mediación no es una tarea fácil, ya que puede depender de características personales, del

comportamiento del mediador, del tipo de conflicto, de las posiciones de las partes, de las estrategias empleadas por el mediador, entre otros (Martínez, Munduate y Medina, 2008).

El análisis de la eficacia de la mediación ha seguido dos perspectivas complementarias en su estudio, por un lado, se ha comparado con otras formas alternativas de resolución de conflictos, y por otro, se han estudiado aquellas variables que facilitan o determinan el éxito de la misma (Serrano, 2008). Respecto a esta última, se tiene que son tres los

grupos de factores que permiten dar cuenta de la eficacia en la mediación; a saber, las características del mediador y sus intervenciones, la naturaleza de la disputa y el modo cómo las partes afrontan la mediación.

Algunos autores plantean que para medir la eficacia de la mediación se puede recurrir a tres indicadores: eficacia percibida por los negociadores, grado de satisfacción de

las partes, y voluntad de cumplir y mantener los acuerdos (Serrano, 2008). Por su parte, Coleman, Kügler y Mazzaro (2016) proponen un modelo donde destacan cuatro aspectos o dimensiones básicas subyacentes de las situaciones de mediación que han sido investigadas durante los últimos 30 años y que se constituyen como las más determinantes de las conductas mediadoras (ver figura 2):

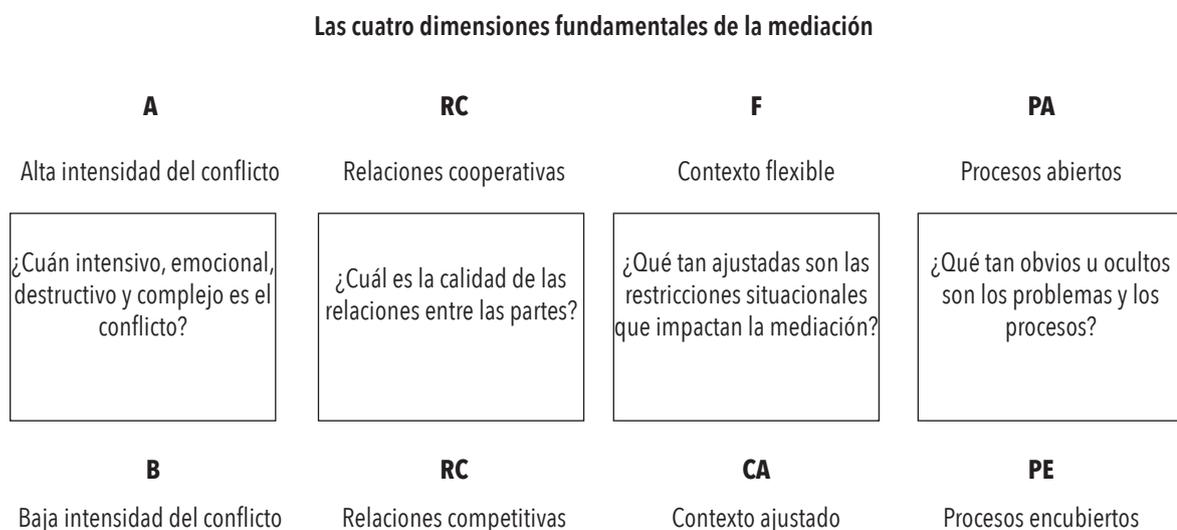


Figura 2. Las cuatro dimensiones fundamentales de la mediación (Coleman, Kügler y Mazzaro, 2016).

De acuerdo al modelo, existen cuatro aspectos básicos subyacentes a todas las situaciones de mediación, a saber: 1. El conflicto (especialmente su nivel de intensidad, destructividad, emotividad e intransigencia); 2. Las relaciones entre las partes en conflicto (en términos de la cercanía, la similitud, la interdependencia, la cooperación o competencia); 3. El contexto inmediato (el grado de restricciones o limitaciones impuestas a la mediación por el contexto o entorno en el que tiene lugar, incluidas las restricciones legales, limitaciones de tiempo, presión para llegar a un acuerdo, etc.); y 4. La naturaleza de los problemas y los procesos (la naturaleza implícita versus la naturaleza explícita de los temas en juego y el grado en que los procesos y las agendas ocultas operan en el conflicto).

De acuerdo a los autores, estos cuatro aspectos básicos de las situaciones de mediación suelen ser independientes el uno del otro, y distintivamente relacionados con las diferencias en el comportamiento del mediador, del proceso y de los resultados de la mediación, incluso cuando se controlan factores tales como el género del mediador, su experiencia, y sus estilos de gestión de conflictos.

Específicamente, los autores señalan que cuanto mayor es la intensidad del conflicto, más hostil e irrespetuoso será el comportamiento entre las partes; por lo cual el rol del mediador deberá ser más activo para intentar gestionar o disminuir el nivel de intensidad del conflicto y desviar la atención de los temas emocionales de manera que permita continuar con un proceso de mediación constructivo. Así

también, cuanto más alto sea el nivel de similitud y el terreno en común entre las partes, más probable es que la mediación termine con acuerdo, lo mismo ocurriría mientras más explícitas sean las cuestiones o cuanto mayor sea la percepción de justicia del proceso de mediación (Coleman, Kügler y Mazzaro, 2016).

5. Comportamientos de los mediadores laborales y su relación con la inteligencia emocional

En la literatura es posible encontrar variadas definiciones del término "competencia", así por ejemplo, se señala que es una característica subyacente de un individuo que está causalmente relacionada a un desempeño efectivo o superior (Boyatzis, 1982 en Horton, 2000), o que son repertorios de comportamientos que algunas personas dominan más que otras, lo que las hace eficaces en una determinada situación (Levy-Leboyer, 1997). Más específicamente, se define como un conjunto de habilidades, conocimientos, comportamientos, actitudes y otros elementos que se despliegan en un contexto determinado, y permiten desempeñarse eficazmente en una función específica (Morelli, 2001; Yáñez, 2003).

La identificación de competencias o características que dan cuenta de la inteligencia emocional de los mediadores laborales implica establecer un conjunto de conductas reales y observadas que correspondan a comportamientos deseados y probablemente exitosos y que contribuyen a la eficacia de la mediación. Para esto es necesario identificar personas que ya han demostrado por medio de sus acciones que poseen las competencias requeridas y tratar de identificar qué competencias poseen que las hacen ser diferentes del resto (Spencer y Spencer, 1993).

Respecto a lo anterior, se han realizado diferentes estudios que pueden dar cuenta de estos comportamientos o características de los mediadores laborales en su desempeño superior, así, por ejemplo, se tiene que el primer estudio sobre el perfil óptimo del mediador señalaba que éste debía ser objetivo, tener perspicacia psicológica, experiencia, ingenio, capacidad para generar confianza, y habilidades intelectuales (Landsberger, 1960 en Serrano y Méndez, 1999).

Estudios posteriores ajustan y contrastan estos comportamientos, así, por ejemplo, respecto a la experiencia en negociación se sabe que puede afectar la capacidad para obtener buenos resultados existiendo algunos factores que se ven fortalecidos, tales como la capacidad de identificar los intereses o necesidades de la contraparte y el establecimiento de relaciones de confianza entre las partes. Los negociadores expertos con la competencia negociadora desarrollada

pueden desenvolverse mejor y adaptar sus estrategias a cada situación (Ramírez, Medina y Munduate, 2009).

Se destaca también la importancia de la experiencia en la mediación por cuanto los mediadores expertos generan credibilidad y confianza (Carnevale y Peggnetter, 1985). Pero se sabe que ello no implica que una persona inexperta no pueda ejecutar correctamente tareas de mediación (Serrano y Méndez, 1999), ya que se deben tener en cuenta otras habilidades.

Es así como en la búsqueda de una teoría que sustente la importancia de los comportamientos de los mediadores de conflictos laborales se encuentran claras señales de que el factor conocimiento en técnicas relativas al proceso y comunicación entre las partes, junto con las habilidades sociales son fundamentales en el asunto de solución de conflictos; los investigadores y expertos en el tema, confirman que para que los mediadores enfrenten con éxito los procesos de solución de conflictos, no tan sólo deben poseer conocimientos y experiencias relacionadas con el tema sino que también ciertas habilidades y actitudes, tales como la comunicación, confianza, empatía, neutralidad para llevar a cabo adecuadamente el proceso (Vallejo y Guillén, 2006; Munduate, Butts, Medina y Martínez, 2008).

Ahora bien, todas estas habilidades anteriormente mencionadas se pueden agrupar en un marco referencial de lo que se conoce como competencias emocionales, capacidades aprendidas basadas en la inteligencia emocional que tienen como resultados un rendimiento sobresaliente en el trabajo (Goleman, 1998). La capacidad de ser consciente, controlar y expresar las propias emociones y de manejar las relaciones interpersonales de manera juiciosa y empática se conoce como inteligencia emocional (Goleman, 2005).

De acuerdo a algunos autores las emociones juegan un papel importante en el comportamiento en general (Kelley, 1980; Lazarus, 1991; Weiner, 1992), así como en los procesos de mediación en particular (Boland y Ross, 2010). Es así como algunos autores plantean que los mediadores emocionalmente inteligentes deben poseer cuatro habilidades fundamentales, a saber: la capacidad de identificar las propias emociones y las de los demás, la capacidad de aprovechar las emociones y aplicarlas a tareas como el pensamiento y la resolución de problemas, la capacidad de controlar las emociones (incluida la capacidad de regular las emociones de las partes en conflicto o las propias del mediador), y por último, la capacidad de afectar las emociones de los negociadores (Kelly y Kaminskiené, 2016).

Así, por ejemplo, la competencia de empatía que proporciona a las personas una conciencia de las emociones,

preocupaciones y necesidades de los demás y que es fundamental en las terceras partes para comprender los intereses de las partes en conflicto, es parte del componente de la inteligencia emocional que se conoce como Conciencia Social que refiere a las habilidades de interpretar con precisión lo que les pasa a las personas y grupos (Goleman y Cherniss, 2005).

Algunos autores destacan que la habilidad para comunicarse de manera asertiva, y el manejo de técnicas de comunicación, junto con la capacidad de resolución de problemas (Munduate y Barón, 2007; Vallejo y Guillén, 2006) son imprescindibles en los mediadores laborales. Pero también la capacidad para escuchar, para inspirar confianza, tener empatía (Munduate y Barón, 2007; Goldberg, 2005; Serrano, 2008). La capacidad de tomar distancia y ser objetivo, es decir, la neutralidad (Munduate y Barón, 2007), junto con ciertos conocimientos tales como del proceso de resolución de problemas (Herrman, Hollett, Gale y Mowery, 2002; Munduate y Barón, 2007) también resultan fundamentales.

Estas habilidades se pueden encontrar en el conjunto de competencias de gestión de las relaciones que forman parte de la inteligencia emocional (Goleman, 2005) y que incluye habilidades sociales esenciales, así por ejemplo, la competencia de resolución de conflictos que se refiere a la capacidad de percibir los problemas cuando se están formando y dar los pasos adecuados para calmar a las partes en conflicto requiere de habilidades cruciales como son el saber escuchar, tener empatía o inspirar confianza con el fin de manejar a las personas y situaciones difíciles con prudencia, animando el debate y las discusiones abiertas y guiando la negociación para que ambas partes salgan ganando (Goleman y Cherniss, 2005).

El comportamiento del mediador es adaptativo, lo que quiere decir que los mediadores actúan de forma contingente. Los mediadores, en primer lugar, entienden el problema al que se enfrentan para luego probar diferentes acciones para conseguir los objetivos que se plantean (Carnevale, 1986). También las partes en disputa se adaptan a la mediación, lo que indica que el comportamiento del mediador es efectivo si es contingente.

Por otro lado, se tiene que las partes en disputa se ven afectadas de sesgos que influyen en el juicio sobre la imparcialidad y la honradez del mediador (Arad y Carnevale, 1994). Asimismo, los mediadores se ven influidos por el efecto de enmarcado, es decir que ven a los negociadores como más cooperadores cuando hacen concesiones en un contexto de pérdidas en la negociación, que cuando hacen

concesiones en un contexto de ganancias, y tienden a favorecer a las partes menos cooperativas (Carnevale y Probst, 1998). La presión temporal también afecta en mayor o menor medida a todo proceso de negociación o mediación y tiende a incrementar las concesiones de los negociadores, así estudios sobre la influencia temporal en la mediación, indican que los mediadores presionan en mayor medida cuando la presión del tiempo aumenta, o cuando sus estimaciones sobre la probabilidad de éxito disminuyen. (Stuhlmacher, Gillespie y Champagne, 1998).

Un estudio de Goldberg (2005) destaca que la capacidad de generar confianza y la comunicación son las competencias más importantes en el éxito de la mediación siendo la principal técnica utilizada la escucha donde el mediador debe: a) Escuchar atentamente las preocupaciones y necesidades de cada una de las partes. b) Reconocer la legitimidad de al menos algunas de las preocupaciones y necesidades. c) Indicar que se va a tratar de ayudar a satisfacer las necesidades y preocupaciones de manera imparcial.

Respecto de las clasificaciones de las competencias de los mediadores laborales se ha recogido la propuesta por Vallejo y Guillén (2006) por ser más exhaustiva. Según los autores, existen 6 grupos de competencias, las intelectuales, interpersonales, competencias de orientación hacia los resultados, competencias personales, de relaciones interpersonales, y las competencias de comportamiento dentro de la organización.

Una cuestión clave para el presente estudio es saber si las tácticas, estrategias y comportamientos del mediador son universales o culturalmente determinadas, estudios empíricos encontrados en la literatura que comparan la mediación en diferentes culturas no es del todo esclarecedora a la hora de contestar esta pregunta. La cultura influye en qué roles están disponibles en la resolución de conflictos laborales por medio de la mediación, cómo deben intervenir las terceras partes y si se centran en intereses, derechos o poder, cómo afecta la confianza o la desconfianza en el proceso de mediación, y qué estrategias se pueden utilizar en la mediación (Medina, Cea y Ramírez, 2017). Algunos estudios han encontrado una gran similitud en el comportamiento de los mediadores, que se puede observar, por ejemplo, en el amplio uso de las reuniones privadas en todas las culturas (Wall y Blum, 1991; Wall y Callister, 1999). Por otra parte, existen evidencias de diferencias culturales, por ejemplo, el efecto de la mediación en los resultados y en las preferencias por la intervención de mediadores en la negociación (Kozan y Ergin, 1998).

6. Conclusiones y retos futuros en el estudio de la mediación laboral

Para consensuar una definición sobre un concepto particular a veces los autores se encuentran con la dificultad de incluir todos los matices y visiones que se tienen al respecto. Al observar las definiciones que diversos autores han aportado al concepto de la mediación se pueden identificar algunas características que se repiten como por ejemplo: "la intervención de una tercera parte para resolver el conflicto y su necesario carácter imparcial" (Vallejo y Guillén, 2006, p. 19). Así también, la mediación es una negociación asistida donde el mediador eficaz conoce la teoría de la negociación y orienta a las partes para que lleguen a un acuerdo, elimina las barreras para una negociación eficaz y apoya a las partes mientras buscan llegar a un acuerdo (Munduate y Medina, 2006).

Por otra parte, podemos concluir que el ejercicio de la mediación requiere la puesta en práctica de un conjunto de competencias sociales, cognitivas, emocionales, las cuales se muestran en individuos o grupos, lo que permite que las competencias se complementen entre sí. Respecto a las competencias emocionales, éstas parecen operar con mayor frecuencia en grupos sinérgicos (Boyatzis, Goleman y Rhee, 2000). Así también, las habilidades sociales, entendidas como la capacidad de inducir respuestas deseables en los demás, requiere de ciertas competencias como son la comunicación, el escuchar abiertamente, el emitir mensajes convincentes, la capacidad de resolución de conflictos y la habilidad para negociar y resolver desacuerdos (Goleman y Cherniss, 2005).

Se espera que la mediación otorgue mayores beneficios que otras alternativas (Wall, Stark, y Standifer, 2001), ya que como procedimiento de gestión de conflictos posee algunas ventajas importantes, como, por ejemplo, el que la solución no es impuesta, sino que se basa en la autonomía de las partes, lo cual permite satisfacer en mayor medida las necesidades de cada uno de los involucrados (Rodríguez-Piñero, Rey y Munduate, 1993). También puede contribuir a acuerdos más justos y estables; y en términos financieros, la mediación es más económica que otros procedimientos (Gaytan y Kleiner, 1999, Goldberg, 2005). Permite, además, el que las partes se sientan protagonistas del proceso de resolución de sus conflictos, al mismo tiempo que se da una más rápida resolución de las disputas, lo que favorece la mantención de la relación entre las partes y no expone la vida privada (Brett, Barsness y Goldberg, 1996; Gaytan y Kleiner, 1999, Butts, Munduate, Barón, y Medina, 2005).

Otro aspecto relevante, es el hecho que se puede considerar a la mediación como una estrategia preventiva,

en tanto que evita la ocurrencia de conflictos futuros y ayuda a resolver los actuales (Martínez, Guerra, Medina, Dorado, Munduate, 2006). Por último, la mediación podría reducir los costos de los conflictos y maximizar los beneficios, al mismo tiempo que podría ser parte de un sano proceso de crecimiento y cambio (Ury, Brett, Goldberg, 1988).

En nuestra investigación, detectamos que durante el período 2002-2016 se realizaron 23.998 procedimientos de mediación laboral, tanto en conflictos jurídicos como de intereses, en el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Chile. La tasa de éxito medio de los procedimientos de mediación del período, fue de 65,30%; lo que deja en evidencia la efectividad de este sistema.

Aun sabiendo todos estos beneficios de la mediación y existiendo una prolífera investigación durante los últimos años en torno a este tema (Bollen y Euwema, 2013; Bollen, Munduate y Euwema, 2016), existen variadas cuestiones en las cuales se hace necesario profundizar, ya que, por un lado, no existen datos empíricos que den cuenta de la relación existente entre la inteligencia emocional y la eficacia de la mediación laboral. Una limitación de este estudio y que puede ser abordado en futuras investigaciones dice relación con el estudio de los aspectos emocionales que modulan los procesos de mediación, así como la consideración de elementos culturales que puedan explicar la efectividad y eficacia de la mediación. ■

7. Bibliografía

- Arad, S. y Carnevale, P.** (1994). Partisanship Effects in Judgments of Fairness and Trust in Third Parties in the Palestinian Israeli Conflict. *Journal of Conflict Resolution*, 38, 423-451.
- Barki, H. y Hartwick, J.** (2004). Conceptualizing the construct of interpersonal conflict. *International Journal of Conflict Management*, 15, 216-244.
- Bennett, T.** (2014). The role of workplace mediation: A critical assessment. *Personnel Review*, 43(5), 764-779.
- Benítez, M., Medina, F. y Munduate, L.** (2011). El estudio del conflicto en los equipos del trabajo. Una visión de las contribuciones científicas realizadas en España. *Papeles del Psicólogo*, 32 (1), 69-81.
- Bercovitch, J.** (1996). *Resolving International Conflicts: The Theory and Practice of Mediation*. San Francisco: Lynne Rienner Publishers.
- Bercovitch, J.** (2004). Social Research an the Study of Mediation: Designing and Implementing Systematic Archival Research. *International Negotiation*, 9, 415-428.
- Billikopf-Encina, G.** (2002). Contributions of Caucusing and Pre-caucusing to Mediation. *Group Facilitation: A Research and Applications Journal*, 4, 3-11.
- Bodtker, A. M., y Jameson, J. K.** (2001). Emotion in conflict formation and its transformation: application to organizational conflict management. *The International Journal of Conflict Management*, 12 (3), 259-75.
- Boland, M.J., y Ross, W.H.** (2010). Emotional intelligence and dispute mediation in escalating and de-escalating situations. *Journal of Applied Social Psychology*, 40 (12), 3059-3105.
- Bollen, K., y Euwema, M.** (2013). Workplace mediation: An underdeveloped research area. *Negotiation Journal*, 29 (3), 329-353. <http://dx.doi.org/10.1111/nej0>.
- Bollen, K., Munduate, L., y Euwema, M.** (2016). *Advancing workplace mediation: Integrating theory and practice*. Springer International.
- Boyatzis, R. E., Goleman, D. y Rhee, K. S.** (2000). Clustering competence in emotional intelligence: Insights from the Emotional Competence Inventory (ECI). En R. Bar-On y J.D.A. Parker (Eds.) *The handbook of emotional intelligence: Theory, development, assessment, and application at home, school, and in the workplace* (pp. 343-362). San Francisco: Jossey-Bass.
- Boz, M., Martínez, I., y Munduate, L.** (2009). Breaking Negative Consequences of Relationship Conflicts at Work: The Moderating Role of Work Family Enrichment and Supervisor Support. *Journal of Work and Organizational Psychology*, 25 (2), 113-122.
- Brett, J., Barsness, S., y Goldberg, S.B.** (1996). The Effectiveness of Mediation: An Independent Analysis of Cases Handled by Four Major Service Providers. *Negotiation Journal*, 12 (3), 359-269.
- Butts, T., Munduate, L., Barón, M, y Medina, F.J.** (2005). Intervenciones de Mediación. *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*. (p. 265-303). Madrid: Pirámide.
- Carnevale, P. y Peggnetter, R.** (1985). The Selection of Mediation Tactics in Public Sector Disputes: A Contingency Analysis. *Journal of Social Issues*, 41, 2. pp. 65-81.
- Carnevale, P.** (1986). Strategic Choice in Mediation. *Negotiation Journal*, 2, 41-56.
- Carnevale, P. J. D. y Isen, A. M.** (1986). The influence of positive affect and visual access on the discovery of integrative solutions in bilateral negotiation. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 37, 1-13.
- Carnevale P. y Pruitt, D.** (1992). Negotiation and Mediation. *Annual Review of Psychology*, Vol. 43 Issue 1; 531- 582.
- Carnevale, P. y Probst, T.** (1998). Social values and social conflict in creative problem solving and categorization. *Journal of Personality and Social Psychology*, 74, 1300-1309.
- Cea, J., Ramírez, J. y Medina, F.** (2015) Mediation and Conflict Management in the Workplace: A Comparative Study between Chile and Spain (Tesis doctoral), Sevilla, Universidad de Sevilla.
- Clegg, S.** (2008). *Managing and organizations. An introduction to theory and practice*. Londres: Sage.
- Coleman, P., Kügler, K. y Mazzaro, K.** (2016). Getting Beyond Win-Lose and Win-Win: A Situated Model of Adaptive Mediation. In Bollen, K., Munduate, L., y Euwema, M. (Eds). *Advancing workplace mediation: Integrating theory and practice*. (pp. 21-38). Springer International.
- Crozier, M. y Erhard F.** (1990). *El actor y el sistema. Las restricciones de la acción colectiva*. México D.F.: Alianza.
- Dirección del Trabajo** (2002). *Orden de Servicio N°1 que crea y ordena un Sistema de Solución Alternativo de Conflictos Colectivos*. Santiago: Área de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo.
- Dirección del Trabajo** (2010). *Estadísticas de Mediación*. Santiago: Dirección del Trabajo. Ministerio del Trabajo de Chile.
- Dirección del Trabajo** (2014). *Anuario Estadístico 2014*. Santiago: Dirección del Trabajo. Ministerio del Trabajo de Chile.

- Dirección del Trabajo** (2015). *Estadísticas de Mediación 2015*. Santiago: Dirección del Trabajo. Ministerio del Trabajo de Chile.
- Dirección del Trabajo** (2016). *Anuario Estadístico 2016*. Santiago: Dirección del Trabajo. Ministerio del Trabajo de Chile.
- De Dreu, C., Harinck, F. y Van Vianen, A.** (1999). Conflict and performance in groups and organizations. In C. Cooper & I. Robertson (Eds.), *International Review of Industrial and Organizational Psychology*, 14, pp. 396 – 414. Chichester: John Wiley & Sons.
- De Dreu, C., y Weingart, L.** (2003). Toward a contingency theory of conflict and performance in groups and organizational team. In M.A. Wests, D. Tjosvold and K. Smith (Eds), *International Handbook of Organizational Teamwork and Cooperative Working* (pp. 151-166). Chichester, UK; Wiley.
- De Dreu, C., Van Dierendonck, D., y Dijksstra, M.** (2004). Conflict at work and individual well-being. *International Journal of Conflict Management*, 15, 6-26.
- Devinatz, V. y Budd, J.** (1997). Third parties dispute resolution. Interest disputes. In D. Lewin, D.J.B. Mitchell, & M.A. Zaidi (Eds.), *The human resource management handbook* (pp. 95-135). Greenwich: JAI Press.
- Euwema, M., Kop, N., y Bakker, A.** (2004). Burnout an Dominance in Professional Interactions. *Work & Stress*, 18, 1-18.
- Frone, M. R.** (2000). Interpersonal conflict at work and psychological outcomes: Testing a model young worker. *Journal of Occupational Health Psychology*, 5, 246-255.
- Gaytan, R. y Kleiner, B.** (1999). How to conduct mediation effectively. *Equal Opportunities International*, Vol. 18 (5/6) 69 – 73.
- Giebels, E. y Janssen, O.** (2005). Conflict stress and reduced wellbeing at work: The buffering effect of third party help. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 14, 137-155.
- Gil-Monte, P.** (2009). Algunas razones para considerar los riesgos psicosociales en el trabajo y sus consecuencias en la salud pública. *Revista Española de Salud Pública*. 169-173.
- Goldberg, S.B.** (2005). The Secrets of Successful Mediators. *Negotiation Journal*, 21 (3), 365-376.
- Goleman, D.** (1998). *La práctica de la Inteligencia Emocional*. Barcelona: Kairós.
- Goleman, D.** (2005). *Emotional Intelligence*. New York: Bantam.
- Goleman, D. y Cherniss, C.** (2005). *Inteligencia Emocional en el Trabajo. Cómo seleccionar y mejorar la inteligencia emocional en individuos, grupos y organizaciones*. Barcelona: Kairós.
- Haft, F.** (2000). *Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit*. Múngen: Verlag C.H. Beck.
- Hall, R.** (1996). *Organizaciones. Estructuras, procesos y resultados*. México D.F.: Prentice Hall.
- Herman, M., Hollet, N., Gale, J., y Mowery, R.** (2002). Considering Effective Divorce Mediation: Three Potential Factors. *Conflict Resolution Quarterly*. 19 (4), 389-420.
- Horton, S.** (2000). The Competency Movement: Its Origins and Impact on The Public Sector. *The International Journal of Public Sector Management*. 13 (4), 306-308.
- Jehn, K.** (1995). A Multimethod Examination of the Benefits and Detriments of Intragroup Conflict. *Administrative Science Quarterly*, 40, pp. 256 -282.
- Kernan, M. C., Hunt, C. S. y Conlon, D. E.** (2007). Expectancy disconfirmation and negotiator reactions across negotiation episodes. *Journal of Applied Social Psychology*, 37,143-162.
- Kelley, H. H.** (1980). The causes of behavior: their perception and regulation. En L. Festinger (Ed.), *Retrospections on social psychology* (pp. 78-108). New York: Oxford University Press.
- Kelly, E., y Kaminskienė, N.** (2016). Importance of emotional intelligence in negotiation and mediation. *International Comparative Jurisprudence*. 2(1), 55-60.
- Kumar, R.** (1989). Affect, Cognition, and Decision Making in Negotiation: A Conceptual Integration, en M. A. RAHIM (Ed.): *Managing Conflict. An Interdisciplinary Approach* (pp. 185-196). New York: Praeger.
- Lazarus, R. S.** (1991). *Emotion and adaptation*. New York: Oxford University Press.
- Lagos, S.** (2018). Mediación, Diálogo y Clima Colaborativo. *Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos*. Programa de Negociación UC. 2, 24-25.
- Larraín, C.** (2017). Emociones y Negociación. *Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos*. Programa de Negociación UC. 1, 37.
- Latreille, P.** (2011). *Workplace mediation: A thematic review of the Acas /CIPD evidence*. Acas Research paper, 13/11. London: ACAS
- Levy-Leboyer, C.** (1997). *Gestión de las Competencias: Cómo analizarlas, cómo evaluarlas, cómo desarrollarlas*. Barcelona: Gestión 2000.
- Lim, R.G. y Carnevale, P.J.** (1990). Contingencies in the mediation of disputes. *Journal of Personality and Social Psychology*, 58(2), 259-272.

- Lipsky, D. B., R. L. Seeber, y R. D. Fincher.** (2003). *Emerging systems for managing workplace conflict: Lessons from American corporations for managers and dispute resolution professionals*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- León-Pérez, J.M., Medina, F. y Munduate, L.** (2008). Relaciones Curvilíneas de la Autoeficacia en la Negociación. *Revista de Psicología Social*, 23, 2, pp. 181-191.
- Marambio, M.** (2008). *La Mediación en el Contrato de Seguro: La Vía Ausente en orden a la Solución de Conflictos*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Martínez, R., Guerra, J.M, Medina, F., Dorado, M., y Munduate, L.** (2006). *La Mediación Social como Estrategia para la Prevención de Riesgos Laborales: El rol de los directivos en situaciones de mediación como medida para prevenir tensiones sociales en el trabajo*. Sevilla: Junta de Andalucía, Consejería de Empleo.
- Martínez, R., Munduate, L., Medina, F. y Euwema, C.** (2008). Effectiveness of Mediation Strategies in Collective Bargaining. *Industrial Relations*. Vol. 47, No. 3
- Martínez, R., Munduate, L., y Medina, F.** (2008). La Gestión de Conflictos Organizacionales por Medios Extrajudiciales. *Papeles del Psicólogo*. Vol. 29 (1), 41-48.
- Medina, F., Munduate, L., Martínez, L., Dorado, M. y Mañas, M.** (2004). Efectos positivos de la activación del conflicto de tarea sobre el clima de los equipos de trabajo. *Revista de Psicología Social*, 19, 3-15.
- Medina, F., Munduate, L., Dorado, M., Martínez, I. y Guerra, J.** (2005). Types of intragroup conflict and affective reactions. *Journal of Managerial Psychology*, 20, 219-230.
- Medina, F., Benítez, M., y Munduate, L.** (2012). La gestión de conflictos relacionales en las organizaciones de servicios. *Anales de Psicología*, 28 (1), 139-149.
- Medina, F., Cea, J. y Ramírez, J.** (2017). Culture and Workplace Mediation. *Revista de Cultura de Paz*. 1, 49-66.
- Moran, S. y Ritov, I.** (2006). Experience in integrative Negotiations: What needs to be learned? *Journal of Experimental Social Psychology*, 43,77-90.
- Morelli, A.** (2001). *Enfoque de Competencia Laboral. Manual de formación*. Consultada el 06 de Octubre de 2016 del sitio Web. http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/maan_cl/pdf/cap2.pd.
- Munduate, L. y Medina, F.** (2006). *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*. Sevilla: Ediciones Pirámide.
- Munduate, L. y Barón, M.** (2007). *Curso Básico de Mediación*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Consultada el 10 de Octubre de 2011 del sitio Web: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/7_2_0.pdf
- Munduate L, Butts T., Medina F., y Martínez R.** (2008). *Manual para la Mediación Laboral*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Mumby, D. y Robin C.** (2000). *El discurso de las organizaciones*, en Teun Van Dijk, *El discurso como interacción. Estudios sobre el discurso II. Una introducción multidisciplinaria*. Madrid: Gedisa.
- Putnam, L. y Poole, M..** (1987). Conflict and Negotiation. En F.M. Jablin., L. Putnam, K.. Roberts y L.. Porter (Eds). *Handbook of Organizational Communication* (pp. 549-599). Newbury Park, C.A: Sage.
- Quiroga, M.** (2006). *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*. Madrid: Editorial Dikinson.
- Rahim, M.** (1992). *Managing Conflict in Organizations*. (2ª Ed.). Nueva York: Praeger.
- Ramírez, J., Medina, F. y Munduate, L.** (2009). La Experiencia en Negociación como Facilitadora de los Procesos de Mediación. *Temas Laborales*. 2 (100), 613-627.
- Richards, D.** (2001). *Talking sense: ethnomethodology, postmodernism and practical action*, en Robert W. y Stephen L. *The language of organization*. Londres: Sage.
- Roberts, T.** (2005). Coaching managers through their conflicts. *Management Services*, 49, 16-18.
- Rodríguez-Piñero M., Del Rey, S. y Munduate, L.** (1993). The intervention of Third Parties in the Solution of Labour Conflicts. *European Journal of Work and Organizational Psychology*. 3 (4), 271-283.
- Saieh, C.** (2018). La mediación como método preferente de solución de controversias. *Anuario de Negociación y Resolución de Conflictos*. Programa de Negociación UC. 2, 26-27.
- Serrano, G. y Méndez, M.** (1999). Las Intervenciones de los Mediadores. *Revista de Psicología General y Aplicada*. 52 (2-3), 235-253.
- Serrano, G.** (2008). Eficacia y Mediación Familiar. *Boletín de Psicología*, Nº 92, Marzo 2008. 51-63.
- Shapiro, D., y Fisher, R.** (2005). *Beyond reason: using emotions as you negotiate*. NewYork: Penguin Books.
- Schelling, T.** (1980). *The Strategy of Conflict*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Spector, P. E., y Jex, S. M.** (1998). Development of four self-report measures of job stressors and strain: Interpersonal conflict at work scale, organizational constraints scale,

- quantitative workload inventory, and physical symptoms inventory. *Journal of Occupational Health Psychology*, 3, 356-367.
- Spencer, L. y Spencer, S.** (1993). *Competence at work: Models for superior performance*. Nueva York: John Wiley & Son.
- Steinel, W., Abele, A. E. y De Dreu, C. K. W.** (2007). Effects of experience and advice on negotiation process and performance. *Group Processes and Intergroup Relations*, 10, 533-550
- Sweeney, B., y Carruthers, W.** (1996). Conflict Resolution: History, Philosophy, Theory, and Educational Applications. *School Counselor*, 43, pp. 326-344.
- Thomas, K. W.** (1992). Conflict and Negotiation Processes in Organizations. En Dunnette, M.D. y Hough, L.M. (Comps.). *Handbook of Industrial and Organizational Psychology*. Vol 3. Palo Alto: Consulting Psychologists Press.
- Turner, M. y Pratkanis, A.** (1994). Social identity maintenance prescriptions for preventing groupthink: Reducing identity protection and enhancing intellectual conflict. *International Journal of Conflict Management*, 5, 254-270.
- Uribe, J.** (2014). *Clima y ambiente organizacional: Trabajo, salud y factores psicosociales*. Ciudad de México: Editorial El Manual Moderno.
- Ury, W., Brett, J., Goldberg, G.** (1988). *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*. Michigan: Jossey-Bass.
- Vallejo, R. y Guillén, C.** (2006), *Mediación. Proceso, Tácticas y Técnicas*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Van de Vliert, E.** (1997). *Complex interpersonal conflict behaviour: theoretical frontiers*. Londres: Psychology Press.
- Van Woerkom, M. y Van Engen, M.** (2009). Learning from conflicts? The relations between task and relationship conflicts, team learning and team performance. *European Journal of Work and Organizational Psychology*. 18 (4). 381-404.
- Wall, J. y Blum, M.** (1991). Community Mediation in the People's Republic of China. *Journal of Conflict Resolution*. 35, 3-20.
- Wall, J. y Callister, R.** (1999). Malaysian Community Mediation. *Journal of Conflict Resolution*, 43, 343-365.
- Wall J., Stark, J., y Standifer, R.** (2001). Mediation: A Current Review and Theory Development. *Journal of Conflict Resolution*. 45, 370-391.
- Weiner, B.** (1992). *Human motivation: Metaphors, theories, and research*. Newbury Park, CA: Sage.
- Yáñez, C.** (2003). *La formación profesional del psicólogo en las especialidades clínica, educacional y organizacional: Una evaluación preliminar basada en competencias laborales*. Tesis para optar al grado de Magíster en Educación con Mención Currículum y Comunidad Educativa. Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Zhang, X., Bollen, K., Pei, R. and Euwema, M. C.** (2018), Peacemaking at the Workplace: A Systematic Review. *Negotiation and Conflict Management Research*, 11: 204-224. doi:10.1111/ncmr.12128
- Saieh, C; Rodríguez, D.; y Opazo, M.** (2006). *Negociación: ¿Cooperar o competir?* Santiago: Ed. Aguilar/El Mercurio.
- Wazlawick, P.** (2014). *No es posible no comunicar*. Barcelona: Herder.
- Weber, M.** (1998). *Economía y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica*.

¿Cómo obtener un crédito hipotecario y no morir en el intento? David contra Goliat, la preparación es tu boleadora

Andrés Gonzalo Pérez Monroy.

Abogado de la Universidad Diego Portales. Diplomado en Negociación de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: aperez@fn.cl.

Aníbal José Osorio Concha.

Licenciado en Derecho y Diplomado en Negociación de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: ajosorio@uc.cl.

Resumen

La compra de un inmueble es un evento importante en la vida cualquier persona, y para lograrlo, la gran mayoría de ellas debe recurrir al financiamiento bancario a través de un crédito hipotecario. Es en este proceso de financiamiento, que se produce una negociación compleja, por definición poco colaborativa y con un bajo margen para crear opciones. Además, se trata de una negociación en la que existe un marcado desequilibrio de poder entre las partes. Esto último es determinante a la hora de acordar las condiciones del crédito hipotecario. El objeto de este trabajo es animar al lector a utilizar la metodología del modelo de negociación de Harvard, incluso en negociaciones poco adecuadas para la utilización de este modelo, como la planteada. La propuesta, es que, en negociaciones poco colaborativas como esta, el uso de herramientas del modelo, como prepararse exhaustivamente y usar asertivamente las fuentes de poder, puede marcar la diferencia, y, en definitiva, puede ayudar al solicitante obtener un mejor acuerdo.

Introducción

Las herramientas del modelo de negociación de Harvard pueden ser utilizadas incluso en negociaciones donde hay poca colaboración, pocas posibilidades de crear opciones, grandes diferencias de poder entre las partes y donde hay poco tránsito desde las posiciones a los intereses, como es el caso de la solicitud de un crédito hipotecario. En particular, proponemos que la preparación previa y el uso asertivo de las

fuentes de poder son fundamentales para que el solicitante del crédito pueda obtener un mejor acuerdo.

En primer lugar, sostenemos que la preparación de la negociación del crédito empieza mucho antes de conversar por primera vez con un banco, y requiere, al menos, conocer los actores involucrados en todo el proceso de compra del inmueble, conocer los instrumentos jurídicos y comerciales utilizados, y tener un conocimiento del mercado inmobiliario.

En segundo lugar, proponemos que el solicitante tenga preparada toda la documentación solicitada comúnmente por los bancos, conozca las simulaciones de crédito hipotecario a la perfección, y negocie en forma paralela con varias instituciones bancarias. Todo ello permitirá al solicitante actuar con rapidez y asertividad, y probablemente lo conducirá a obtener mejores condiciones contractuales.

Por último, revisaremos brevemente los elementos de la anatomía de la negociación de un crédito hipotecario. El objetivo es que el solicitante del crédito identifique los elementos de la negociación en la que está participando.

I- Preparación de la negociación

I.i- Para negociar un crédito hipotecario, hay que prepararse mucho antes de la primera visita al banco

Se debe tener presente que la negociación de las condiciones de un crédito hipotecario está inmersa en un proceso mucho más complejo, que es el proceso de compra de un inmueble. Por tanto, la preparación debe empezar mucho antes de sentarse a negociar con el banco. Antes de eso, estimamos necesario, entre otras cosas, que el solicitante

(i) sea sujeto de crédito y cumpla con todas las condiciones objetivas mínimas que el banco exija¹, (ii) conozca en profundidad el bien que desea comprar, y (iii) conozca las etapas, los actores, y los instrumentos jurídicos y comerciales de toda la operación de compra.

Ahora bien, es imprescindible que, antes de siquiera intentar hacer una oferta por un inmueble o pensar en solicitar un crédito hipotecario, el solicitante sepa muy bien qué tipo de inmueble quiere comprar, qué uso le quiere dar, cuánto dinero quiere invertir y cuánto es lo máximo que puede gastar², entre otras cosas.

Creemos que dicho conocimiento es esencial, para que, en el momento que el solicitante se siente a negociar con el banco, sepa con exactitud si de la negociación previa (la que tuvo con el dueño del inmueble respecto del precio) quedó o no con algo de valor a su favor, que pueda utilizar en esta nueva negociación (respecto de las condiciones del crédito hipotecario). Al final, uno de los aspectos positivos de esta negociación compleja con varias partes y etapas, y compuesta de varias sub-negociaciones (con el dueño del inmueble, con el corredor, con el banco, etc.) es que el solicitante tiene la posibilidad de recuperar valor o de estar dispuesto entregar valor, en cada una de las diferentes sub-negociaciones, pudiendo producirse compensaciones entre ellas³. En definitiva, lo importante debería ser que el resultado del proceso, es decir el costo total de la compra de un inmueble (sumando el precio del inmueble, la comisión de corretaje, el costo del crédito, etc.), esté acorde con el valor originalmente considerado por el comprador-solicitante del crédito.

1 Estas condiciones debieran estar debidamente informadas por la institución bancaria, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo letra b) de la Ley N°19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

2 A este respecto será fundamental que el solicitante realice una buena preparación de los puntos de partida, objetivo y de retirada, especialmente en lo que dice relación con el precio de la compra del inmueble. Véase a este respecto "Tácticas para el cierre en estrategias competitivas. Cristián Saieh, Darío Rodríguez y María Pilar Opazo, *Negociación, ¿Cooperar o Competir?*, editorial El Mercurio Aguilar, Chile. 2006, p. 225.

3 Por ejemplo, negociar una comisión más baja con el corredor de propiedades, podría dar una "reserva de valor" que se pueda usar en el futuro. Si bien la tarifa de los corredores es usualmente la misma (2% del valor del inmueble por cada parte), nada impide negociar un porcentaje más bajo. Lo mismo ocurre con el precio del inmueble, si me ahorré 20 MM del precio, tengo 20 MM para entregar en el caso que la negociación del crédito sea muy competitiva.

Para lograr un conocimiento detallado del inmueble a comprar, sostenemos que es necesario que el solicitante conozca el mercado inmobiliario. El análisis respecto del precio de un inmueble debería ir mucho más allá del cuestionamiento acerca de si me gusta o no la propiedad, y sobre si está o no dentro de mi presupuesto. El análisis para estos efectos debería ser fundamentalmente respecto de si el bien que estoy comprando, cuesta o no, según el mercado u otros criterios objetivos, lo que el vendedor está cobrando.

Para lo anterior, estimamos que será necesario conocer los precios estándares de los inmuebles que buscamos. Debemos conocer, asimismo, las características especiales que pueden hacer que estos precios estándares se disparen, o que, por contraposición, hagan que el inmueble cueste menos que el precio publicado⁴.

Por otro lado, en este proceso de preparación (prenegociación con el banco), es imprescindible que (iii) el solicitante tenga conciencia de todas (a) las etapas, (b) los actores, y (c) los instrumentos jurídicos y comerciales de toda la operación de compra.

Como anunciamos, creemos necesario que el solicitante tenga una buena idea de las etapas que normalmente se consideran en la compraventa de un inmueble. Entre ellas, creemos aconsejable considerar: la presentación de una oferta de compra, la firma de un contrato de promesa de compra, la solicitud de una evaluación de crédito hipotecario, la tasación del inmueble, el estudio de los títulos, la negociación de las condiciones del crédito hipotecario, la firma de la escritura de compraventa y el proceso de inscripción de los títulos en el Conservador de Bienes Raíces, entre otras.

Asimismo, hay que tener muy presente que se va a tener que lidiar con diferentes actores a lo largo del proceso de compra. Entre ellos podemos mencionar: corredores de propiedades, vendedores, ejecutivos comerciales de bancos, departamentos legales de bancos, tasadores de inmuebles, compañías de seguros, fiadores y codeudores, mandatarios, Notarios, Conservadores, etc. Todos con motivaciones, objetivos y formas de trabajar diferentes.

Por último, creemos absolutamente necesario que el solicitante conozca los instrumentos jurídicos y comerciales que se tendrán que suscribir a lo largo de todo el proceso. Entre ellos, es recomendable considerar: órdenes de vistas de inmuebles, contratos de corretaje de propiedades, contratos de promesa de compraventa, contratos de cuenta corriente

4 Por ejemplo, un inmueble que tiene una vista espectacular o una altura de los techos poco usual, o por contraposición, un inmueble que está al lado de una calle ruidosa, o próximo a un sitio donde se construirá un centro comercial en el futuro.

bancaria, contratos de seguro, contratos de compraventa, contratos de mutuo hipotecario, instrucciones notariales y contrato de mandato, entre otros.

I.ii- Hay que salir del escritorio

Realizada la preparación planteada en el punto anterior, el solicitante ya tiene información valiosa que debe ser contrastada con la realidad. Sostenemos que se debe ir a visitar diferentes inmuebles, hay que ver en terreno qué hace un inmueble especial respecto de uno corriente, hay que hablar con los corredores y pedirles recomendaciones de bancos, hay que preguntarles cuáles son los bancos más eficientes y cuáles son los con las tasas más bajas. En definitiva, se debe intentar obtener la mayor información posible del mercado, tanto de otros usuarios como de los expertos que trabajan en el rubro inmobiliario. Estos últimos tienen un conocimiento específico que puede aportar valiosa información al solicitante, sobre todo en la determinación de las alternativas y el BATNA⁵, en relación a la negociación respecto de la compra del inmueble.

I.iii- Estoy listo para entrar en un proceso de negociación

La preparación, el estudio y todo el tiempo invertido anteriormente, ahora se traduce en experiencia, conocimiento, capacidad de reacción y asertividad. En este sentido, el negociador:

- Tiene valiosa información sobre el bien a comprar, sabe cuándo está comprando al precio de mercado (o por sobre o bajo dicho precio), sabe identificar cuando tiene ante él un inmueble especial, sabe que en el futuro próximo ciertos sectores se valorizarán por sobre la media, y también sabe, que otros inmuebles, por más bien que los describen, no valen el precio publicado.
- Conoce las etapas del procedimiento de compra, de principio a fin, por lo que no tendrá sorpresas inesperadas con costos o procedimientos que desconocía, y conoce los plazos involucrados de cada etapa.
- Conoce y entiende los diferentes intervinientes y sus motivaciones.
- Conoce los instrumentos contractuales utilizados a lo largo del proceso, por lo que podrá identificar un

5 Cristián Saieh, Darío Rodríguez y María Pilar Opazo, *Negociación, ¿Cooperar o Competir?*, editorial El Mercurio Aguilar, Chile. 2006, p. 76.

contrato que no se ajuste a la legalidad o la costumbre comercial, pudiendo rápidamente pedir correcciones basadas en criterios legítimos. Todo lo anterior, además de mejorar la posición del negociador en cada una de las etapas (y especialmente en la etapa de negociación frente al banco), permite actuar rápido cuando se requiere⁶.

II- preparación de la negociación propiamente tal

II.i- Llegó el momento de empezar a interactuar con los bancos

Cuando el solicitante es sujeto de crédito, las características del inmueble están definidas, conoce el mercado inmobiliario, conoce los actores, las etapas, los instrumentos jurídicos y comerciales envueltos en todo el proceso, y además tiene el pie requerido y liquidez para asumir los gastos asociados a la compraventa, está listo para empezar la interacción con los bancos.

(a) Preparar un archivador

A estas alturas probablemente será una carpeta virtual, pero el solicitante debe prepararla y tener lista la información para cuando le sea solicitada. En ella deberá incluir toda la información que le pedirá el banco para evaluarlo comercialmente. En general la información solicitada es parecida en todos los bancos⁷, y no es difícil conseguirla, pero podría llegar a serlo y la idea es actuar rápido, por lo mismo, es necesario estar preparado⁸.

6 Por ejemplo, cuando quieres hacer una oferta rápida por un inmueble porque detectaste que es una oportunidad de negocio.

7 Haciendo una breve revisión de las páginas web de las distintas instituciones bancarias, se puede observar que la información solicitada para ser evaluado como sujeto de crédito, tiene que ver con: la exhibición de antecedentes personales (como cédula de identidad y acreditación de estado civil); la acreditación de renta (antecedentes que varían dependiendo si es empleado o independiente), y; la acreditación general de activos y pasivos del solicitante (acreditación de inmuebles, vehículos, deudas y créditos de todo tipo).

8 Por ejemplo, siendo empleado, deberá comprobar la antigüedad laboral con el último empleador. Es imprescindible conocer la persona encargada de otorgar el certificado de antigüedad laboral (en la empresa donde trabaja), y su suplente, pues cualquier contingencia que implique la ausencia de estas

(b) Elegir un banco y conocer sus competidores más cercanos

El solicitante debe elegir un banco con el que quiere contratar, por la razón que mejor le parezca. Podría ser el banco con la tasa más baja, el banco de toda su vida, el que tiene el mejor servicio al cliente, etc. Lo importante es identificarlo. Una vez definido el banco hay que ponerse en contacto con un ejecutivo de cuentas y empezar con el proceso de entrega de los antecedentes. La idea es que evalúen al solicitante y le empiecen a entregar simulaciones o cotizaciones de créditos hipotecarios. Con esto se empezarán a hacer tangibles las condiciones crediticias que ofrece el banco elegido. Asimismo, servirá para empezar a ver cómo funciona el proceso en esa institución financiera, y cómo es en general, la atención al cliente.

Paralelamente recomendamos empezar a hacer lo mismo con dos o tres bancos más, que sean considerados como comparables con el banco elegido. A fin de cuentas, estas solicitudes de simulaciones a otros bancos servirán para evaluar otras alternativas y definir el BATNA. Este último podrá ser utilizado en sus dos formas, como punto de comparación y como método de presión para mejorar las condiciones del banco elegido. Este último punto es fundamental, y es la razón por la cual creemos que se puede elegir el banco primero y después centrar la preocupación en la tasa, porque una vez que se le demuestra a un banco, que uno de sus competidores cercanos ofrece una tasa de interés más baja, nuestra experiencia indica que, estos tienden a hacer los mejores esfuerzos para igualar o mejorar la tasa con el objetivo de captar al cliente.

Por otro lado, es útil tener en cuenta que no será el ejecutivo de cuentas quien autorice la rebaja de la tasa solicitada, sino será su superior o el denominado "comité de riesgo", por lo que mientras mejor sea fundamentada la solicitud de rebaja, más posibilidades existen de que esta sea acogida. En este sentido, no será lo mismo decirle al ejecutivo que las tasas están más bajas en otros bancos, que exhibirle simulaciones formales de varios bancos, las que él mismo podrá utilizar como criterio de legitimidad para defender la solicitud de rebaja ante sus superiores.

Para que esta presión sea real, debe haber alguna similitud entre los bancos comparados. No será comparable, por ejemplo, un banco orientado a clientes de ingresos altos, conocido por su buen servicio y sus altos costos, con otro que tenga costos más bajos pero orientado a un público más masivo.

personas podría producir un estancamiento en la obtención de los documentos.

Por último, y sin perjuicio de lo anterior, siempre es bueno saber qué banco que tiene la tasa de interés más baja del mercado, y es bueno conocer el número exacto de la tasa. Más allá de si es posible utilizarlo como criterio de legitimidad (lo que dependerá de lo comprobables que sean los bancos), es bueno saberlo y mencionarlo para presentarse como un negociador que está informado y que sabe de lo que está negociando.

(c) Conocer las cotizaciones hipotecarias como la palma de tu mano

Para poder optar entre las condiciones contractuales ofrecidas por los diferentes bancos, y contenidas en las diferentes simulaciones recibidas, creemos indispensable que el solicitante conozca y entienda a la perfección dichos instrumentos. Cada dato, cada sigla, como interactúan algunos parámetros entre ellos, etc. En general, comprender una simulación de crédito hipotecario no es complejo, pero requiere un análisis más profundo que sólo ver la tasa de interés y el CAE⁹. A modo de ejemplo, en algunas simulaciones aparece un espacio a completar con la sigla DFL-2, y dependiendo del caso, podrá aplicar o no para la operación del solicitante. Esto que parece irrelevante podría tener una consecuencia importante para un solicitante no informado, ya que, de no verificarse los requisitos para acogerse a este beneficio tributario, implicará que éste deberá pagar un impuesto al mutuo cuatro veces más gravoso. Si bien, esto tiene que ver con el conocimiento de las normas tributarias, la revisión profunda de una solicitud de crédito podría alertar anticipadamente al solicitante, respecto de un tema relevante, del que tendrá que hacerse cargo más adelante (el pago del impuesto por el dinero que está solicitando).

II.ii- Hacer una oferta formal por un inmueble

Una vez identificado el inmueble que se buscaba, y habiendo realizado toda la preparación previa antes señalada, creemos que llegó el momento de que el solicitante haga una oferta formal por el inmueble que desea comprar. De

9 Carga Anual Equivalente o "CAE": Es el indicador que ha introducido la Ley 20.555 sobre Sernac Financiero, que permite la comparación entre las distintas alternativas que ofrecen los proveedores de productos o servicios financieros. La cual incluye el capital, tasa de interés, el plazo del crédito hipotecario, todos los seguros asociados al crédito hipotecario y los gastos o cargos por productos o servicios voluntariamente contratados, si los hubiere.

ahora en adelante, se deberá aplicar todo lo aprendido en la preparación previa, pues a este primer contrato (oferta de inmueble) están asociadas las primeras obligaciones para el comprador, cuyo incumplimiento podría significar el pago de multas¹⁰.

III- Negociación

III.i- Llegó el momento de aplicar lo aprendido y preparado

Una vez que el solicitante hace una oferta formal por un inmueble, empieza el "*real deal*" con el banco elegido. Según lo propuesto anteriormente, esta no debiera ser la primera vez que se le pide una simulación, pero ahora se le pide para un inmueble concreto con una intención de compra clara.

En paralelo, creemos aconsejable suscribir algún instrumento de compromiso a la brevedad, que saque el inmueble del mercado y que permita al solicitante continuar el proceso con más tranquilidad.

Una vez solicitada la simulación o cotización con el banco elegido, se debe volver a pedir cotizaciones en bancos comparables al elegido, y por supuesto tener presente el banco con la tasa más baja del mercado. Ahora empieza la interacción más intensa con el ejecutivo de cuentas del banco elegido. Se deben utilizar todas las herramientas y recursos para obtener las mejores condiciones posibles.

III.ii- Utilizar todas las fuentes de poder

Es imprescindible, para obtener las mejores condiciones del crédito posibles, que el solicitante utilice todas las fuentes de poder a su disposición, con el objeto de equilibrar todo lo que sea posible la balanza de poder. La pretensión no es dejar la balanza totalmente equilibrada, lo que creemos imposible para un solicitante promedio¹¹. Lo que proponemos, es que la parte que tiene menos poder (el solicitante) pueda obtener el mejor resultado posible dadas las circunstancias de desequilibrio.

Con toda la información recabada en las etapas previas, el solicitante sabrá si su banco tiene una tasa competitiva.

10 Por ejemplo, en el caso de la oferta, se puede estipular que ofrezco 100 MM por el inmueble, que la oferta estará vigente por los próximos 5 días, y que, en caso de retractarme de la oferta dentro del plazo, tendré que pagar 1 MM al vendedor.

11 Otro sería el caso si el solicitante fuera amigo del hijo de uno de los accionistas mayoritarios del banco, o el hijo del presidente de la república.

Si no es el caso, entonces deberá mostrar al ejecutivo las simulaciones donde consten las mejores tasas obtenidas de bancos comparables al elegido, señalando que se está conversando con varios bancos a la vez, y demostrando objetivamente que ellos han ofrecido mejores condiciones.

Las fuentes de poder del solicitante variarán caso a caso, pero creemos se podrían considerar las siguientes: (i) la gran cantidad de bancos que ofrece el mismo producto; (ii) el no estar presionado por el tiempo, pudiendo dedicar todo tiempo necesario a la negociación hasta satisfacer los intereses; (iii) el contar con una suma relevante para aportar como pie; (iv) el perfil de cliente que tiene el solicitante, fundamentalmente considerando sus ingresos mensuales y su potencial como consumidor de productos bancarios; (v) la red de contactos del solicitante al interior del banco; (vi) el conocimiento del solicitante, respecto de las condiciones del mercado, de los competidores del banco, de los instrumentos jurídicos y comerciales; (vii) el acceso a la información respecto de los rangos de negociación con los que cuenta el propio banco; (viii) las cualidades personales del solicitante¹² para comunicarse y relacionarse con el ejecutivo.

Más allá de todos los ejemplos posibles, creemos que lo importante es identificar las fuentes de poder en el caso concreto, y sacarles el máximo provecho posible.

III.iii- Poner atención a la comunicación

Creemos que se debe ser poco tolerante con la falta de competitividad del precio, y con los errores en las simulaciones. Hay que presentarse como un negociador serio e informado¹³.

Se debe atacar duramente el problema y no la persona¹⁴. Cuando el ejecutivo plantee condiciones o requerimientos que parecen poco razonables, hay que explicar tranquila y razonadamente, por qué no se va a aceptar esa condición o no se va a acceder a ese requerimiento¹⁵.

12 Cristián Saieh, Darío Rodríguez y María Pilar Opazo, Negociación, ¿Cooperar o Competir?, editorial El Mercurio Aguilar, Chile. 2006, p. 193.

13 Por ejemplo, se solicita al ejecutivo que le envíe una mejor propuesta respecto a la tasa, el ejecutivo lo hace, pero modifica el CAE, aumentándolo, a través del aumento de los seguros asociados. Un solicitante preparado se debe dar cuenta de estos detalles.

14 ROGER FISCHER, WILLIAM URY Y BRECE PATTON, "Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder", editorial Norma, Colombia. 2005, pp. 21 y 63.

15 *Ibíd.*, p. 94.

Cabe tener presente que los ejecutivos de cuentas son representantes del banco. En este sentido, las solicitudes que hacen, no las hacen a nombre propio, por tanto, hay que considerar que puede ser otro el responsable de esa eventual falta de razón. Por otro lado, hay que tener en cuenta que ellos, además de representar los intereses del banco, representan sus propios intereses ¡hay que identificarlos!

Por último, es fundamental entender que cuando se negocia con un banco, en particular por una operación hipotecaria, no se está negociando con una persona, se está negociando con múltiples estamentos, que a su vez están representados por diferentes personas, que, además, en nuestra experiencia, rotan con mucha facilidad. Así las cosas, cuando se negocia con un banco, se negocia con un ejecutivo de cuentas, con su asistente, con su reemplazante, con su jefe, con el agente de la sucursal, con el comité de riesgos, con la empresa tasadora externa, con el estudio de abogados externo, con la fiscalía del banco, con la notaría que utiliza el banco, con la empresa aseguradora que recomienda el banco, etc.

IV- Anatomía de la negociación

IV.i- Identifica los elementos de tu negociación, conocimiento es poder

(a) Posiciones: no quiero pagar tres casas por el precio de una

Estimamos que las posiciones del solicitante pueden ser variadas, pero será bastante estándar que sostenga que quiere (i) obtener las mejores condiciones en un crédito hipotecario (tasa de interés, CAE, condiciones de la cuenta corriente asociada, costo de los seguros, plazos de ejecución, opción de prepago, etc.), y (ii) contratar sólo un crédito hipotecario, y no toda la gama de productos accesorios que el banco le ofrezca (cuentas corrientes, tarjetas de crédito, seguros, etc.).

En cuanto al banco, será muy estándar que ellos señalen que ofrecen financiamiento a cambio de (i) cobrar interés por el dinero prestado, y a cambio de (ii) la contratación de otros productos bancarios o servicios anexos.

(b) Intereses: el sueño de la casa propia

Los intereses del solicitante también pueden ser variados, pero creemos bastante estándar que la motivación sea (i) ser dueño de un inmueble (ii) al más bajo costo financiero posible.

En cuanto al banco, pareciera que su motivación es (i) obtener el máximo beneficio pecuniario posible del contrato de mutuo hipotecario, (ii) lograr captar un nuevo cliente que pueda fidelizar con el paso del tiempo y (iii) lograr que el solicitante contrate la mayor cantidad de productos bancarios (cuenta corriente, tarjetas de crédito, seguros, etc.).

(c) Alternativas: ¡El BATNA debe ser revelado!

Las alternativas del solicitante son todos los productos hipotecarios que ofrece el mercado chileno. El BATNA, es el segundo mejor producto hipotecario, ofrecido por un banco distinto del elegido.

En cuanto al banco, identificamos como alternativas, todos los posibles negocios que pueden hacer con el dinero que están prestando. En tanto su BATNA, será el mejor de esos posibles negocios.

(d) Opciones: un campo más bien reducido

En el caso particular, la posibilidad de crear opciones es más bien reducida. Esto debido a que el producto hipotecario ofrecido ya está definido por el banco, y hay poco sobre lo que el solicitante puede decidir. Asimismo, en nada ayuda a generar opciones, el hecho de que, del poco espacio que hay para repartir valor, este generalmente se negocia de manera transaccional e incluso competitiva.

Por otra parte, los bancos, utilizan la técnica de la "paquetización" de condiciones, generando diferentes productos hipotecarios. La elección entre diferentes productos hipotecarios dentro de un mismo banco podría dar la sensación al solicitante, de estar eligiendo e incluso creando opciones en la negociación. Sin embargo, con una mirada un poco más aguda vemos que sólo se trata de la elección de paquetes preconfigurados con condiciones contractuales previamente fijadas por una sola parte (el banco), donde el solicitante tiene poco o nada de margen para crear.

(e) Legitimidad: hay abundante información para quien la busca

Al ser la compra de un inmueble un evento común en la vida de las personas, hay mucha información, regulación y criterios de legitimidad que se pueden utilizar.

Dentro de los criterios de legitimidad, podemos mencionar: (i) la experiencia previa entre las mismas partes durante el periodo previo de simulación de créditos; (ii) la práctica comercial y contractual imperante en el lugar

donde se desarrolla la operación de compra, lo que ofrecen y hacen los otros bancos de la misma plaza, y los instrumentos que generalmente se utilizan en estas operaciones; (iii) la normativa legal y reglamentaria aplicable, y los criterios de los tribunales; y (iv) las tasas de interés fijada por el Banco Central.

(f) Compromisos: fértil campo de compromisos

Como ya vimos a propósito de los instrumentos jurídicos y comerciales que se deben tener presente al preparar la negociación, existe un sinnúmero de actos y documentos de compromiso. En el caso de la compra de un inmueble con financiamiento bancario, la práctica comercial y jurídica se ha encargado de regular y formalizar cada etapa del proceso.

En este sentido recomendamos no sólo conocer cada instrumento que fije los acuerdos, sino que además proponer y exigir que se suscriban cada que vez que corresponda. En caso de que alguien considere que no es necesario formalizar algún acuerdo (por considerarlo innecesario o mal entender el concepto de confianza), recomendamos insistir y explicar que, dada la importancia del negocio, sí es necesario materializar los acuerdos para resguardar los intereses de ambas partes.

Sin perjuicio de la formalización de los acuerdos más importantes (en instrumentos públicos o privados), se recomienda, además, siempre dejar por escrito cualquier acuerdo menor, por irrelevante que parezca. Si el solicitante realiza acuerdos de forma verbal, es recomendable que después los formalice, aunque sea a través de una comunicación por correo.

(g) Comunicación: factor clave, hay que demostrar y transmitir correctamente la información recabada en la preparación

La información recabada en la etapa de preparación, como también las posiciones e intereses del solicitante, deben transmitirse de manera directa, asertiva, clara, fluida y cordial.

Se debe decir con claridad qué es lo que se quiere, desde el primer día. Si el objetivo del solicitante es costo final del crédito, debe decirlo. Como a esa altura el solicitante ya conoce la información, sabe cuándo una tasa no es competitiva, y cuándo algo no es lo estándar, debe comunicarlo de inmediato al ejecutivo, siempre fundamentado en criterios legítimos.

Si el ejecutivo envía un correo pidiendo información, recomendamos contestar de inmediato, si el solicitante se

demora dos días en contestar, está fijando el estándar de tiempo de respuesta.

Todo lo anterior, funciona mucho mejor si la comunicación es cordial. Separar a la persona del problema, facilitará enormemente que se pueda mantener en todo momento un trato cordial.

(h) Relación: un escenario complejo

No es un misterio que los bancos son una organización muy jerarquizada, llena de procedimientos y con un marcado fin de lucro. Por otra parte, los ejecutivos tienen muchos clientes a su cargo, cambian constantemente, y reciben muchos incentivos por la maximización de sus resultados.

Por todo lo anterior, es fácil dejarse llevar por las emociones y decir, "no me interesa la relación en esta negociación". ¡No se debe hacer! Hay que ser fuerte, respirar profundo y mantener la cordialidad y el trato profesional hasta el final.

Hay que recordar que (i) el proceso de obtención del crédito hipotecario puede durar fácilmente dos o tres meses, (ii) que después de eso el solicitante seguirá con el ejecutivo como cuentacorrentista, y (iii) que, además, con el banco, el solicitante tendrá una relación por al menos 20 años más.

Se debe considerar, además, que con facilidad se pueden cambiar los roles, y se puede pasar de detestar a un ejecutivo de cuentas, a necesitarlo, en un mismo día. Esto último, por ejemplo, porque necesitas que te ayuden a modificar la tasación que hizo la empresa externa, o a lidiar con el departamento legal porque el estudio de títulos fue mal realizado, o más adelante, para renegociar las condiciones del mismo crédito.

V- Comentarios finales

El análisis y las herramientas del modelo de negociación de Harvard son útiles y pueden ser aplicables incluso en casos con pocas posibilidades de generación de opciones, con pocas posibilidades de aumentar el valor, y con poco tránsito desde las posiciones a los intereses, como es el caso de negociación planteado.

La preparación puede hacer la diferencia en una negociación, especialmente en casos como este, donde hay diferencias importantes de poder entre las partes. Cada minuto invertido en preparación será inmensamente retribuido en la mesa de negociación, y podrá verse reflejado en el acuerdo logrado.

Aunque el margen de distribución de valor sea menor, bien vale la pena realizar cualquier esfuerzo para mejorar

algún elemento del acuerdo, sobre todo, para mejorar la tasa de interés o el CAE. En este caso, este elemento cobra especial relevancia cuando hablamos de un crédito hipotecario por varios millones de pesos. La rebaja de una fracción de un punto porcentual de la tasa de interés, en un crédito de varios millones pesos, puede implicar consecuencias económicas relevantes para el solicitante. Podría dejarse mucho valor sobre la mesa al pensar que no hay nada que hacer frente a una contraparte con mucho poder negociador, como un banco, o al pensar, que el valor que se puede rescatar es tan bajo, que no vale la pena intentarlo.

Por último, es fundamental tener presente que la negociación de un crédito hipotecario está inmersa en un proceso de negociaciones mucho más complejo. Por lo tanto, hay que tener conciencia de todas las etapas, los actores y los instrumentos contractuales. Hay que tener especial cuidado de compatibilizar los acuerdos, los plazos y los gastos asociados a cada uno de ellos¹⁶. El desconocimiento de alguno de estos aspectos puede llevar al solicitante de un crédito hipotecario a tomar malas decisiones por la falta de información, y a enfrentarse a consecuencias negativas o inesperadas. ■

Bibliografía

- Fisher, R., & Ury, W. (1981) *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in*. Houghton: Mifflin Company.
- Saieh, C. Rodríguez, D. y Opazo, M (2006) *Negociación ¿Cooperar o Competir?*, Santiago de Chile: Ed. El Mercurio Aguilar.

16 En relación este punto, cobra especial relevancia el concepto de "capacidad aditiva del conflicto", pues en un proceso de negociación complejo y de varias etapas como este, el incumplimiento de alguno de los acuerdos en las subetapas puede acarrear incumplimientos en las subetapas siguientes, generando una acumulación de conflictos. Por ejemplo, si me comprometo a comprar a un precio x, pero el banco finalmente me presta menos dinero del que pensé (por una tasación menor ejemplo), significa que tendré que poner esa diferencia. Pero resulta que ese dinero extra ya estaba destinado para pagar la comisión del corredor. Véase a este respecto dimensiones del conflicto, Cristián Saieh, Darío Rodríguez y María Pilar Opazo, *Negociación, ¿Cooperar o Competir?*, editorial El Mercurio Aguilar, Chile. 2006, p. 31.

Éxito y fracaso en el uso del poder: La Carta Magna

Tomás Aróstica Valenzuela.

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: tiarosti@uc.cl.

Javier Correa Ramor.

Abogado de la Universidad Adolfo Ibañez. Santiago, Chile. Correo electrónico: javiercorrea@gmail.com.

Resumen

El estudio pretende analizar los elementos más relevantes de la negociación que se produjo en el año 1215 entre el rey de Inglaterra y los barones de su reino, que llevó a la firma del documento denominado Carta Magna, en sus aspectos generales y particularmente en cuanto al uso del poder de ambas partes implicadas, a fin de determinar si este se administró de forma correcta. Se concluye que su uso tuvo aspectos que podrían considerarse positivos dentro del contexto de una negociación, pero que finalmente resultó en un fracaso para ambas partes.

I. Introducción

La Carta Magna es un documento histórico cuya popularidad es enorme comparado con otros documentos con los que guarda ciertas similitudes. Su relevancia jurídica y política es comúnmente recordada con aires de romanticismo, a menudo atribuyéndole una relevancia que en su momento difícilmente se pudo apreciar.

Para muchos, como señala Miguel Satrústegui (2009)¹, al verla con ojos actuales, la consideran como la base del constitucionalismo y los derechos fundamentales. Esta postura habría comenzado con Edward Coke y John Selden, quienes sitúan a la Carta Magna en el “árbol de las libertades

del hombre”, y continuando hasta los juristas actuales que le reconocen tal connotación (Satrústegui, 2009), aunque últimamente, los historiadores se acercan más a considerarla como un documento de paz, con concesiones políticas para evitar un enfrentamiento bélico (Cerdeira, *et al*, 2018), sin embargo, lo que nos interesa en el presente estudio, es lo particular de la forma en que se concretó la firma de dicho documento y las circunstancias inmediatamente posteriores a esta, a menudo pasadas por alto. En este sentido, el analizar los elementos que rodearon la negociación de dicho acuerdo nos permitirá revisar el éxito o fracaso que tuvo la utilización del poder por las dos partes que intervinieron en dicho conflicto.

A primera vista, la forma en que terminó dicha negociación nos permite anticipar un fracaso, ya que lo que sucedió fue que meses después de la firma de la Carta Magna, esta fue anulada por uno de los firmantes, lo cual parece la consecuencia lógica de la forma en que se usó el poder en dicha negociación.

Es necesario aclarar, que este breve estudio no pretende un acercamiento histórico pormenorizado, y que ha sido necesario simplificar muchos de los acontecimientos que se señalan en pos de la claridad de la ejemplificación que se pretende, sin llenar estas páginas con datos que ciertamente son muy relevantes pero cuyo aporte al análisis de la especie, es cuanto menos, prescindible.

Asimismo, es imperativo señalar que la metodología de análisis que se empleará para la revisión de esta negociación no es original y corresponde a aquella expuesta en el libro “Negociación cooperar o competir”, por Cristian Saieh y otros (2006).

1 Como señala Miguel Satrústegui (2009), esta postura habría comenzado con Edward Coke y John Selden, quienes sitúan a la Carta Magna en el “árbol de las libertades del hombre”, y continuando hasta los juristas actuales que le reconocen tal connotación. Ver, Satrústegui, M. (2009), La magna carta: Realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval, revista de Historia Constitucional, núm. 10, septiembre, pp 243-262, Oviedo, España.

II. Contexto histórico²

Corría el año 1204, y la situación era grave para el rey de Inglaterra, Juan. Durante su reinado, se habían perdido grandes extensiones de territorio inglés en Francia, Normandía por completo. Por otra parte, había perdido también el favor del papado, luego de una disputa en la que el Rey Juan se negó a nombrar un obispo propuesto por Inocencio III. Pero lo peor era que se encontraba en enemistad con sus barones, los señores feudales que administraban su territorio y proveían gran parte de las fuerzas militares a la Corona.

Mantener la, en ese entonces infructuosa guerra con Francia, llevó al rey a incrementar drásticamente los impuestos, lo que por cierto molestó a la nobleza; pero para terminar de ganarse realmente su odio, el monarca estableció sistemas de cobranza agresivos, y castigos lapidarios a quienes no pagaban, incluso prisión, entre otras prácticas violentas y degradantes para los barones.

En el año 1213, el descontento era tal que los señores feudales se declaran en abierta oposición al rey y buscan, como estrategia extrema, aliarse con el enemigo: Francia. Lo que lleva al Rey Juan a volver a hacerse con el apoyo de Roma, único aliado de suficiente poder como para equiparar la balanza en su favor, lo que logra a costa de un alto tributo al papado, re-forjando su alianza.

Sin embargo, con la derrota en la batalla de Bouvines en julio de 1214, frente a los franceses, el gobierno del Rey Juan queda completamente debilitado. Los barones, en armaduras y con las armas en mano, llegan a Londres, exigiendo que se restituyan sus derechos y se detengan los abusos que consideraban inaceptables en razón de su condición.

La presión que ejercen ambos bandos no produce frutos y una guerra civil se vislumbra como inevitable, cuando los barones asedian el castillo real.

La nobleza exige la firma de un documento que establezca límites al gobernante injusto y que asegure la existencia de ciertas garantías que poseían anteriormente. Aumentando cada vez más la presión sobre el rey, el 15 de junio de 1215, este acepta reunirse con ellos en la isla fluvial de Rannymede, a la cual los barones llevan una carta previamente suscrita por ellos. El texto es aprobado por el Rey Juan y estampado con su Sello Real –muy a su pesar–.

Este documento no es nada más ni nada menos que la Carta Magna, la cual contiene en 63 cláusulas todos los preceptos que los barones quisieron dejar plasmados para jamás volver a ver su situación mermada ante el arbitrio de

2 Los datos históricos expuestos a continuación tienen como fuente a Cerda J.M. (2018).

un monarca injusto (Carpenter, 2015)³.

Tres meses después de firmada la Carta Magna, el rey, con ayuda de la influencia que había conseguido con el Papa, anula la carta con la venia del Pontífice, lo que desata un enfrentamiento a un nuevo nivel entre las partes implicadas: Guerra civil. Uno de los documentos más importantes del derecho inglés era anulado a meses de su celebración ¿Por qué?

III. Conflicto

En este caso particular, tenemos un conflicto muy especial, dado que lo que para nosotros parece algo completamente político en esa época era algo también muy personal, porque en resumidas cuentas era un conflicto entre nobles, un asunto entre miembros de una misma clase unidos por lazos de parentesco e incluso de sangre, lo que hace, como en ocasiones podemos apreciar en nuestras vidas, que algunas afrentas se sienta más amargas.

El aumento de impuestos a los barones hacía parecer que el rey les estaba quitando lo propio, eran sus tierras, cosechas y el trabajo de sus siervos a cambio de nada.

El conflicto en resumidas cuentas se inicia con la presión del Rey sobre los barones para pagar los impuestos, la comunicación misma no comenzó con un diálogo, sino con una acción de poder, el ejercicio de la potestad real de cobrar tributos.

Luego, el mensaje comunicado por esa acción es recibido por los destinatarios, quienes se resisten al contenido de dicha comunicación, lo que genera el conflicto.

El diálogo entre las partes se da de forma poco fluida, es fácil percatarse de las dificultades de la época, el uso de emisarios y el temor a confrontarse directamente.

Vemos entonces un inicio violento, y una respuesta de un grupo poderoso e indignado en contra de la fuerza inicial, lo que produce una escalada por establecer las posiciones de cada una de las partes, en un conflicto que dichos actores parecen percibir como de “suma cero”, en el cual la única solución posible es que uno de los dos sobreponga su postura sobre la contraria.

IV. Análisis de la anatomía de la negociación

La negociación es una realidad humana de común ocurrencia, pero de una complejidad considerable, por lo cual, para ser analizada es útil referirse a ciertos elementos

3 Carpenter D. (2015). Magna Carta: translated with a new commentary, London, United Kingdom: Penguin Classics.

que son esenciales para su comprensión, los que componen su "anatomía"; estos elementos serán diversos en cada negociación ya que su contenido depende de las situaciones que la rodee, de las partes que estén implicadas y los objetivos que cada una pretenda conseguir. En el actual estudio encontramos la siguiente anatomía de la Negociación, según el texto del profesor Saieh, Rodríguez y Opazo (2006). Ver pág. Sgte.

V. Estrategias Utilizadas

La estrategia de negociación, dependerá principalmente de dos factores: 1) la Relación, esto es, el valor que la parte da

a su relación con su contraparte y la continuidad de esta en el tiempo; y 2) el Resultado, que corresponde a la intensidad con la que cada negociante desea alcanzar su objetivo.

1) En la negociación que implicó la firma de la Carta Magna, vemos que ambas partes parecen prestar poca atención a la relación, lo que llama mucho la atención sabiendo que los barones y el rey están inmersos en una sociedad donde corresponden a una misma clase y además están relacionados por lazos de parentesco o por las necesidades económicas de la época en su calidad de terratenientes (Gordo, 2014).

Anatomía	Los Barones	El Rey Juan
<i>Posiciones</i>	Conseguir que se firme una carta con concesiones de rey en favor de sus derechos.	Aumenta impuestos y poder sancionar severamente a quienes no los paguen.
<i>Intereses</i>	Recuperar sus beneficios y terminar con los malos tratos, manteniendo su poder intacto y no perdiendo ninguna potestad de las que tenían antes de las políticas reales. Asimismo poder conseguir una situación mejor a la anterior.	Financiar la guerra y compensar las pérdidas de los terrenos en las arcas de la corona.
<i>Alternativas</i>	Acudir al apoyo de Francia.	Acudir al apoyo del Papado.
<i>Opciones</i>	No se vislumbran, solo se optó por ver como se daban las cosas en un lapsus de tiempo pero sin generarse opciones diversas a las posiciones.	Idem.
<i>Legitimidad</i>	Restablecer derechos que consideraban ya existentes. Muchos de los artículos de que contenía La Carta, eran enunciaciones de derecho natural.	Poder del Monarca y su atribución "legítima" de cobrar impuestos a sus súbditos.
<i>Comunicación</i>	Por medio de emisarios y siempre conflictivas.	Idem.
<i>Compromisos</i>	Buscan conseguir un compromiso por parte de LOP ¹ : firmar la carta de derechos.	Espera que LOP pague los impuestos sin oponerse.
<i>Relación</i>	Violenta, al borde de la guerra civil.	Idem.

Tabla, Anatomía de la negociación de la Carta Magna. Elaboración propia.

- 2) No parece haber duda que el resultado es concebido por ambas partes como lo principal. Tanto el rey como los barones desean hacer primar sus posiciones por sobre la otra parte.

En atención a estos dos elementos, los actores eligen una estrategia competitiva que se estanca en el conflicto, sin embargo, el Rey Juan decide ceder tácticamente para conseguir un objetivo de corto plazo: Evitar una guerra abierta en su contra y en su propio territorio. Firma entonces la carta presentada por sus nobles, pero esta estrategia implica una concesión solo aparente porque luego desconoce su suscripción, anulando el acuerdo. De tal modo, esta decisión de Juan rompe el círculo vicioso de amenazas y demostraciones de fuerza para llevar la negociación a otro nivel; de todas formas, sin perder de vista su interés inicial, dado que anuló el acuerdo con posterioridad.

Podríamos considerar que el rey Juan, en un acto éticamente cuestionable, por consistir derechamente en un engaño, "salió al balcón", viendo más allá del calor del conflicto inmediato, para analizar el panorama general y se percató de qué pasaría si la discusión continuaba en los términos en que se estaba desarrollando.

VI. El poder en la negociación

El poder corresponde a uno de los elementos que hay que poner especial atención en una negociación, su utilización o desperdicio puede generar o restar valor al posible acuerdo. Nos referiremos a los tres niveles en que el poder puede desarrollarse dependiendo de la inmediatez de los sujetos que interactúan, desde las más próxima hasta la más distante:

1. En interacción: En la interacción ambos bandos procedieron haciendo evidentes sus posiciones de poder, en este sentido eran bastante honestos. Los nobles demostraban que ellos tenían el poder real en términos fácticos, y a su vez el rey no dudaba en recordar su jerarquía.
2. En la sociedad: El sistema feudal existente ordenaba la sociedad en relaciones de vasallaje. En este sentido, en estricto rigor, los barones eran vasallos subordinados del rey, pero al ser igualmente nobles y señores de sus respectivos dominios, tenían el poder suficiente para oponerse a su realidad social.
3. En la organización: Ambas partes son estamentos jerárquicos de la nobleza. Formalmente, el rey tiene más poder dentro de la organización social, pero no hay que

dejar de lado el poder fáctico real de los barones, quienes poseen grandes extensiones de tierras, gente y armas.

VII. Fuentes de poder de ambos bandos

En su momento, ambos bandos extrajeron su poder de distintas fuentes.

Los Barones:

1. En estricto rigor son señores feudales, lo que implica que son dueños de grandes extensiones territoriales, las que administran otorgando tierras a sus vasallos a cambio de ciertas contraprestaciones. Por lo anterior, tienen gente que sigue sus órdenes.
2. En este caso los barones se agrupan entre ellos, debido a las presiones que estaba ejerciendo el Rey Juan en contra de ellos; por lo que suman fuerza militar, tributaria y económica.
3. Los barones también forman una alianza con el reinado de Francia, enemigo principal del Rey Juan.

El Rey:

1. El poder que recae sobre la realeza proviene estrictamente de un poder que el mismo Dios les otorga a los reyes, esto es, Derecho Divino, dándoles prerrogativas por sobre las otras personas.
2. Ese mismo poder divino, tiene reconocimiento jurídico, por lo que el rey es propiamente y en derecho una autoridad.
3. Poder económico, el cual proviene de la recaudación de los impuestos y la administración del reino. Que, en el contexto de la Carta Magna, es solo una fuente simbólica de poder. El rey puede cobrar impuestos, pero sus nobles se negaron a pagarlo, toda vez que la mala administración y las guerras hicieron disminuir las arcas de la corona.
4. Así como los barones recurren a un aliado externo, el rey Juan se fortalece contando con el poder que le confiere su amistad con el Papado.

VIII. Acuerdo al que se llega

El uso de la fuerza y las presiones ejercidas por parte de los barones aparentemente logra imponer su postura y consiguen la firma real en los términos que ellos buscaban, son ellos quienes redactan de manera íntegra la Carta Magna,

(podríamos asemejarlo hoy a un contrato de adhesión). En este sentido, su manejo del poder fue exitoso para obtener su posición y conseguir su objetivo. Lamentablemente para ellos, este fue un acto meramente formal, inútil para satisfacer sus intereses a largo plazo, dado que luego de firmar, el monarca, usando su propio poder obtenido de la alianza con el Papado, desconoce el acuerdo.

Si el rey y los barones hubiesen utilizado un método más colaborativo de negociación, expresando y ponderando sus reales intereses antes que parapetarse en sus posiciones de corto plazo, es probable que la Carta Magna hubiese sido -en ese momento histórico-, un documento exitoso tanto en forma como de fondo el cual ambas partes podrían haber sostenido en el tiempo; lo que sabemos, no ocurrió.

IX. Otros elementos a considerar

Existen otras circunstancias y consideraciones destacables que influyeron en la negociación en estudio.

1. El verdadero poder del rey, las fuentes de poder del rey y su utilización.
En el momento que se estampa la firma real en la Carta Magna por parte del Rey Juan, los barones creen que dan por terminada la negociación y sienten que sus intereses empezarán a ser respetados, consideran haber manejado adecuadamente su poder y doblegado a Juan. Pero el acto de firma por parte del rey fue solo formal, fue una estrategia que solo utilizó para ganar tiempo y reunir fuerza con el Papado, y así desconocer la Carta Magna por completo, después de tres meses de su firma⁴.
2. Estados del poder: estado latente y estado activo, el devenir de estos y la habilidad de conseguir poder.
Del análisis del caso en cuestión, es posible vislumbrar lo que significan los diversos estados del poder, esto significa que este puede encontrarse en ejercicio o a la espera de ser ejercido, y en este sentido, si no es utilizado, de alguna manera no existe. Esta utilización, por supuesto, puede ser muy sutil, como en ocasiones en que basta que una parte conozca las potencialidades de poder de la otra para que este surta efecto.
- 4 No pretendemos enjuiciar moralmente los medios utilizados por los intervinientes de esta negociación. En este caso, el juicio es más bien técnico. Se usa el engaño para obtener tiempo y lograr soslayar una situación inminente (guerra civil), pero pese a conseguirse ese objetivo, es en muy corto plazo, generándose el efecto que se intentaba evitar con posterioridad, a causa del mismo engaño. El no cumplir el pacto, renueva la ira de los barones y con ella el temido conflicto armado.

En el caso de la especie, el rey Juan firma el documento en cuestión por temor a la potencialidad de que los barones ejerzan el poder de las armas y desate una guerra civil; sin embargo, él mantiene latente y velado su poder de controlar la situación, ya que su propia firma la utiliza como medio para su objetivo de apaciguar a los nobles en la escalada de amenazas que conllevó la negociación. Finalmente, el poder que otorgaba a Juan la alianza papal, que estaba latente, se ejerce y cambia nuevamente el escenario.

3. Fiarse de la palabra empeñada y el respeto al pacto.
Cómo ya se señaló tanto el rey como los barones son parte de una misma casta, que es la nobleza, por lo que cabe hacer presente que siendo parte de una misma elite social existe un rango superior jerárquico del rey por sobre los barones; en atención a ello se espera que todos cumplan con ciertas normas de conducta comunes, por lo que parece lógico que los barones hubiesen confiado en que el rey respetaría el acuerdo firmado, tanto a partir del honor de su palabra como por el respeto del derecho, por lo que en este caso en particular no parecía previsible el desconocimiento de la Carta Magna⁵.

X. A modo de conclusión: lo que falló

¿Por qué el acuerdo que se plasmó en la Carta Magna no perduró y fue desconocido de forma casi inmediata por el Rey Juan? Recordemos que la Carta Magna fue un documento en el cual no se negoció ni se discutió su contenido, los barones llevaron al rey el acuerdo ya redactado en la forma que ellos querían, la cual obedecía a intereses completamente distintos a los que tenía en mente el Rey Juan en ese instante. Entonces la razón por la cual el rey accede a firmar un documento que le es desfavorable, es de carácter circunstancial, es decir, se debe a la presión fáctica que ejercieron los barones y la amenaza de una guerra. En atención a ello el monarca firma, eliminando momentáneamente el peligro de guerra y haciendo que los barones se sientan victoriosos, y así gana tiempo para organizar su siguiente movida, la cual consistió en consolidar una alianza con Roma a fin de obtener el poder suficiente para desconocer la Carta Magna y volver al régimen que había impuesto con anterioridad.

- 5 Al igual que respecto a la estrategia utilizada por Juan de Inglaterra, no es del caso pronunciarse sobre la legitimidad de la amenaza de rebelión por parte de los barones, solo nos interesa como instrumento de presión al interior de la negociación.

Por consiguiente, parece que el Rey Juan gestionó de mejor forma su poder, o al menos con más astucia. Sin embargo, el resultado final fue el mismo que pretendía evitar, una amarga guerra civil.

XI. En Resumen

Entonces, en definitiva, podemos señalar una síntesis de los elementos que llevaron a que el acuerdo de la Carta Magna fuera un fracaso, los cuales, llevando a cualquier negociación actual pueden darnos luces respecto a que conductas no tener y que caminos o estrategias no tomar:

1. Se satisficieron los intereses -a corto plazo-, de una sola parte.
2. Comunicación deficiente, que no atiende a los intereses sino a las posiciones.
3. Negociación extremadamente competitiva.
4. No se tuvo en cuenta el tipo de relaciones entre las partes y el valor que ella implicaba.
5. El acuerdo fue redactado exclusivamente por una de las partes.
6. El documento contenía cláusulas o condiciones que no eran sostenibles en el tiempo para el rey.

Anexo: La Isla de Runnymede

En una negociación, no es irrelevante el lugar que las partes elijan para llevarla a cabo, y en el caso de la Carta Magna la locación de su firma es especialmente elocuente. Los núcleos de poder se encontraban por un lado en Londres, donde estaban reunidos los barones rebeldes, y por el otro, en Windsor, castillo en el que se encontraba el rey Juan. Así, en medio de ambos centros se encontraba la isla fluvial de Runnymede, lugar que al estar emplazado en el medio representaba una zona neutral, sobre la cual ninguna de las dos partes podía ejercer un poder completo. Asimismo, al tratarse de una isla, daba seguridad a las partes, dado que solo podía concurrir un número limitado de personas y ambas partes se encuentran igualmente protegidas y expuestas ante un ataque.

El escoger una isla, muestra la intención de resguardarse de ambas partes y refuerza la tesis de los historiadores actuales de que la Carta Magna (Cerda, 2018), tiene la naturaleza de un tratado de paz, más que cualquier otra cosa. Ambas partes, eligen un lugar neutral ante el temor de un conflicto armado. ■

Bibliografía

- Carpenter D.** (2015). *Magna Carta: traslated with a new commentary*, London, United Kingdom: Penguin Classics.
- Cerda, J. M., y otros.** (2018). *La Carta Magna Octavo Centenario*. Santiago, Chile: Tribunal Constitucional.
- Cerda, J. M.** (2014). *Occidente: Historia y Cultura*, Volumen I, Santiago, Chile: Origo Ediciones.
- Fisher, R. y Ury W.** (1994). *Sí... de acuerdo, cómo negociar sin ceder*. Bogotá, Colombia: Editorial Norma.
- Gordo, A. G.** (2014). *La organización feudal*, en Cerda, J. M. (Origo Ediciones), *Occidente Historia y Cultura, Volumen I* (pp.258-265).
- McIlwain, J.**, (2013). *Magna Carta in Salisbury*. Gloucestershire, United Kingdom: Pitkin Publishing.
- Previté-Orton, C. W.** (1967). *The shorter Cambridge medieval history*, Barcelona, España: Editorial Ramón Sopena.
- Satrústegui, M.** (2009), *La magna carta: Realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval*, revista de Historia Constitucional, núm. 10, septiembre, pp 243-262, Oviedo, España.
- Saieh, C., Rodriguez, D. y Opazo M.P.** (2006). *Negociación cooperar o competir*. Santiago, Chile: El Mercurio S.A.P.

Un modelo de supervisión y mejoramiento continuo de la calidad para la mediación en Chile

Isabel Ximena González Ramírez

Directora del Centro de Mediación y Arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. Santiago, Chile. Correo electrónico: igonzalezr@ucentral.cl

Resumen

Chile requiere un modelo de evaluación y mejoramiento continuo de la calidad de los procesos de mediación, para las diversas materias jurídicas en que este mecanismo se aplica, con un instrumento validado por expertos y metodológicamente. Un referente a evaluar para la construcción de un modelo nacional puede ser el usado para el sistema familiar licitados, el que ha sido aplicado en forma uniforme y continua en nuestro país, como no ocurre en ningún país de Iberoamérica.

I. Estado del arte

Un análisis de la realidad nacional en cuanto a la calidad de los procesos de mediación, nos muestra que, sin perjuicios de existir en Chile algunas iniciativas orientadas más bien a medir la percepción del usuario en cuanto a la satisfacción de los servicios de solución colaborativa y algunas evaluaciones cuantitativas y cualitativas aisladas, no existe un sistema de evaluación, y mejoramiento continuo de la calidad en todas las áreas de la mediación, aplicado en forma continua y uniforme en todo el país, que utilice instrumentos validados metodológicamente y por expertos.

Sin embargo, la única materia en que se ha evaluado en forma más integral y sistemática la calidad de la mediación, es en el servicio de mediación familiar licitado que presta el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El que además de medir en forma permanente la percepción del usuario, aplica una serie de acciones que conforman un sistema coherente de mantener la calidad del servicio de mediación, como son los estudios sobre sustentabilidad de los acuerdos que se han realizado con exitosos resultados en esta área. Adicionalmente incorpora directrices tendientes a mantener una prestación de servicios de mediación suficientes a la

ciudadanía, a través de profesionales mediadores a quienes se les exige parámetros mínimos de formación, conocimientos y calidad en las prácticas mediadoras (González, Valdebenito y Fuentealba, 2017).

Ahora bien, entenderemos por mediación familiar: "Un proceso de resolución de conflictos regulado por principios dogmáticos y legales en el cual, un (a) mediador (a) imparcial, genera comunicación efectiva y constructiva entre las partes y promueve la participación igualitaria, autónoma y responsable en la búsqueda de soluciones a conflictos familiares, facilitando la generación de acuerdos construidos desde las partes interesadas con recíproca satisfacción subjetiva, definición usada por John Rawls (2002).

Así mismo, en cuanto a lo que se entiende por calidad, existen varias enfoques para evaluar la calidad del proceso de mediación, donde el más usado en Chile es la valoración hecha por el usuario, considerando la calidad como un resultado, que es juzgado por el consumidor, después de la prestación del servicio, para lo cual se usa generalmente la encuesta o entrevista de percepción usuaria. Respecto de la que podemos afirmar, que se trata solo de uno de los indicadores de calidad, dado que su control es difícil de determinar mediante parámetros cuantitativos y estadísticos (Lehtinen y Lehtinen, 1982).

Otra forma de apreciar la calidad es la técnica, entendida como la formación y la acreditación profesional y funcional del mediador conforme a las normas del proceso y códigos deontológicos y éticos. Y finalmente, el aspecto que mide la calidad de las competencias y destrezas del mediador durante el proceso (Aguilar, 1994:28), lo que según nuestro parecer es uno de los aspectos más determinantes. Sin embargo, es el conjunto de todos estos aspectos lo que permite obtener una evaluación integral de la calidad de los procesos de mediación, cuyos resultados van a otorgar mayor satisfacción a los usuarios y operadores del sistema

En Chile, con la reforma a la Ley de Tribunales de Familia, y las modificaciones de la Ley 20.286 el 2008, se incorpora la mediación familiar previa, respecto de materias más usuales relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular entre padres e hijos, usado también para las acciones de divorcio o separación judicial de mutuo acuerdo (art 103).

Es así como para garantizar una suficiente y adecuada oferta de servicios de mediación en el país, se creó un Registro de Mediadores, que exige condiciones de formación mínimas a sus integrantes para garantizar la calidad del ejercicio profesional y un Sistema Nacional de Mediación, cuya administración corresponde al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el que desde el 2006 ha venido licitando la contratación de los servicios de mediadores para garantizar adecuada cobertura de servicios a nivel nacional (Ministerio de Justicia 2013).

Adicionalmente, este sistema ha establecido acciones destinadas a la evaluación de la calidad del servicio de mediación, con miras a alcanzar estándares adecuados, tales como evaluaciones teóricas permanentes a los mediadores licitados, las que llevan ya casi una década de implementación, talleres de aprendizaje participativos, en que se comparten buenas prácticas entre pares y se abordan algunas falencias y exámenes psico-laborales para la incorporación al sistema de los mediadores licitados, y un innovador sistema de supervisión y mejoramiento continuo de la calidad de las prácticas mediadoras (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), realizadas en forma periódica y uniforme a todo el país, con instrumentos que son producto de investigaciones aplicadas y experimentales.

II. Sistema de Supervisión de la Calidad en la Mediación Familiar Licitada en Chile

Esta novedosa iniciativa, crea una metodología e instrumento de supervisión, validado por expertos y metodológicamente, que da cuenta del avance en el proceso de mejoramiento continuo de la calidad de la mediación familiar en nuestro país, que constituye una experiencia única en Iberoamérica por su aplicación estandarizada y continua a nivel nacional (González, 2018: 370).

Este sistema, aplicado en todo Chile, desde hace seis años, incorpora una supervisión de procesos de mediación en casos reales y/o simulados, que tiene elementos formadores para los mediadores, ya que contempla una autoevaluación y una retroalimentación entre pares, al que se suman procesos de capacitación a través de talleres de aprendizaje participativo, entre otros.

Para ello, se ha implementado una metodología de diseño empírico, mixta, de carácter cuantitativo y cualitativo, de observación participante, que evalúa las conductas que deben desarrollar los mediadores familiares licitados, en condiciones similares y de manera uniforme y permanente, aplicada anualmente en todo el país.

Para aportar al mejoramiento continuo de la calidad de estos mediadores que prestan un servicio tan trascendentes para la sociedad como es el de dar solución a los conflictos jurídicos familiares, es que primero: se seleccionan casos reales, sobre los principales problemas que se presentan en materia de familia, para ser representados por actores profesionales y tratados mediante procesos de mediación por los mediadores licitados o bien, alternativamente se usan procesos de mediación con usuarios reales, con su debida aprobación y resguardo de confidencialidad, para asegurar la ética del proceso.

En segundo lugar, proceso de mediación es supervisado por un par mediador experto, que observa el proceso presencialmente o en sala de espejos, el que es íntegramente video grabado.

En esta supervisión, se utiliza una pauta de evaluación llamada ECAME, que es producto de cuatro investigaciones experimentales efectuadas por Centros de Investigación de las Universidades Católica de Valparaíso y Central de Chile. La que cuenta con una metodología validada técnicamente, que contiene indicadores referidos a cuatro componentes: el primero denominado: legitimación del proceso de mediación: que observa la comprensión del mediador de lo que es la mediación, su rol y los principios de este mecanismo legales y dogmáticos, el manejo comunicacional, con el adecuado uso de técnicas (como el parafraseo, intervenciones circulares, connotación positiva), la participación del usuario y aspectos legales, entre otros; un segundo aspecto que se refiere a: la acogida y contención de las emociones de las partes (técnicas de legitimación entre otras); un tercer componente referido a: la gestión y resolución del conflicto, donde se evalúa el uso de técnicas e intervenciones que tienden a la sustentabilidad de los acuerdos, entre otros elementos; y un ítem que evalúa aspectos de las políticas públicas, relativas al género, protección integral de niños, niñas y adolescentes, coparentalidad, identidad sexual, diversidad e integración cultural y étnica, entre otras (González, 2018: 375-380). Estos componentes observan en forma transversal el cumplimiento de los principios de la mediación.

En tercer lugar, el mediador se auto evalúa, con una pauta indicadores similares a la usada por el supervisor, quién retroalimenta oralmente al mediador acerca de su desempeño.

Finalmente se elabora un índice de calidad, en que se compara con su Centro, Región y país que se envía al mediador con su pauta de evaluación y una grabación íntegra del proceso de supervisión, lo que junto con los talleres participativos que se imparten regionalmente, para fortalecer las brechas locales y compartir las buenas prácticas a nivel país, permiten a los mediadores observarse y mejorar sus falencias.

Dicho proceso ha permitido aumentar año a año el índice de calidad de la mediación licitada, situando a sus mediadores en promedio en una "categoría de calidad alta".

El éxito de esta metodología de evaluación de la calidad ECAME, ha orientado a que sea usada para la selección de los mediadores licitados por el Estado para los próximos cuatro años, dichas evaluaciones individuales se realizan por un equipo colegiado de tres mediadores expertos para garantizar su imparcialidad y uniformidad de criterios, lo que junto con otros métodos como la prueba de conocimientos y el examen psico-laboral, dan garantías mínimas de la calidad de la gestión de los profesionales que se desempeñarán los próximos años como mediadores licitados.

En este contexto, a partir del año 2011, se han venido replicando en Chile, estas buenas prácticas de supervisión entre pares, las que tienen como objetivo más que el control un aprendizaje-acción, para lo que se ha utilizado una modalidad de investigación denominada de desarrollo experimental (Carvajal,2013), que consiste en aprovechar los conocimientos obtenidos de la experiencia práctica para producir nuevos productos con objeto de poner en marcha nuevos sistemas para la mejora sustancial de los servicios existentes, produciendo un avance en el proceso de mejoramiento continuo de la calidad de la mediación familiar licitada en nuestro país.

III. Conclusiones

- a) Es necesario utilizar en Chile un sistema de supervisión y mejoramiento continuo de la calidad entre pares, aplicado en forma permanente a todos los mediadores que presten servicios para el Estado, que sea uniforme, estandarizado, con enfoque de aprendizaje más que de control y con instrumentos validados metodológicamente.
- b) Se requiere, la mantención de un registro uniformado, al que deben estar incorporados todos los mediadores que se desempeñan en los diversos ámbitos de la mediación, donde se les exija un perfil y formación continua básica e igualitaria para todos y una especialización por área de desempeño. Lo que debe actualizarse al menos cada

cuatro años con las acciones de formación, docencia o investigación que hayan realizado los mediadores en ese período.

- c) Que este sistema de mejoramiento continuo de la calidad sea responsabilidad de una entidad pública, que puede pertenecer al poder ejecutivo o judicial, que cuente con un equipo de profesionales expertos, dedicados a este tema, que sea evaluado anualmente por el cumplimiento de metas y compromisos y que tengan una dependencia laboral contractual que permita la continuidad de esta función en el tiempo.
- d) Es necesario que el Estado provea una prestación de servicios suficiente, conforme a los requerimientos de cada región del país, que puede ser a través de mediadores pertenecientes al servicio público, complementados con contratos renovables, suscritos con Centros de Mediación o a través de licitaciones, pero cualquiera sea la forma de proveer este servicio, es indispensable que se aplique a todos los mediadores un sistema permanente de mejoramiento continuo de la calidad de sus servicios, con supervisiones, retroalimentaciones y formación continua, sobre diversos aspectos teóricos y especialmente prácticos de la mediación, que les permita a la comunidad mediadora compartir buenas prácticas a nivel nacional, con el propósito de mejorar la calidad del servicio que se otorga a la ciudadanía.
- e) Finalmente es necesario que tenga establecido para esta gestión un presupuesto permanente en el ítem nacional. ■

Bibliografía

- Aguilar Ibañez, M. J.** (1994): *Introducción a la supervisión*, Buenos Aires, Editorial Lumen, Colección Política, servicio y trabajo social.
- Carvajal, L.**(2013): "Desarrollo experimental" [en línea], 12 enero, 2013, disponible en: <www.lizardo-carvajal.com/desarrollo-experimental/>, [consultado el 17 de diciembre de 2017].
- Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** (2011): Centro de estudios y Asistencia legislativa de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Gonzalez Ramírez I. Valdebenito Larenas C. y Fuentealba Martínez, S** (2017): "Un Novedoso Procedimiento para el Aprendizaje de la Calidad de la Mediación Familiar", en *Pensamiento Jurídico Central*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 125-151.
- Ministerio de Justicia** (2013): Informes e instructivos de la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia. Santiago de Chile.
- Lehtinen, U. Y Lehtinen, J.R.** (1982): "Service Quality: A Study of Quality Dimensions", en *The Services Industries Journal*, vol. 2 núm. 3, [en línea], disponible en: <<https://technopreneurship.files.wordpress.com/.../dra>>, [consultado noviembre de 2017].
- Rawls, J.** (2002): *La justicia como equidad: una reformulación*, traducción Andrés de Francisco, Barcelona, Editorial Paidós, 2002, 42-74.

III. ACTIVIDADES E HITOS DEL PROGRAMA

La misión del Programa de Negociación UC es contribuir al desarrollo de la negociación y la resolución adecuada de conflictos, a través de actividades de docencia, investigación aplicada, extensión, formación y servicios a la comunidad. Esta iniciativa de la Facultad de Derecho, que cumple 15 años de vida, cuenta con el aporte de académicos de diversas disciplinas y escuelas de la UC, buscando posicionar a la universidad como una referencia nacional y regional en el estudio de la negociación y de los mecanismos adecuados de resolución de conflictos (MASC).

Enfoque multidisciplinario

Al igual que los principales proyectos académicos en torno a la negociación y la resolución cooperativa de conflictos en el mundo, el Programa nace como una iniciativa de la Facultad de Derecho. No obstante, su objeto de estudio requiere necesariamente de un enfoque interdisciplinario. Por eso, trabajamos estrechamente desarrollando iniciativas con la Escuela de Administración, la Escuela de Ingeniería, la Escuela de Trabajo Social y el Centro de Políticas Públicas, entre otras unidades académicas, centros y programas de nuestra universidad.

Estas alianzas han permitido llevar adelante un sinnúmero de proyectos conjuntos, especialmente en educación continua, docencia, desarrollo de cursos de especialización e investigación, colaborando así para potenciar el desarrollo del estudio de los mecanismos adecuados de resolución de conflictos desde la UC.

Docencia

El desarrollo de la negociación y la solución alternativa de conflictos requiere de su enseñanza y difusión. Es por eso que una de las principales actividades del Programa es fomentar la

docencia de estas metodologías, especialmente negociación y mediación, en los distintos programas de pregrado, posgrado y de educación continua que imparte la Universidad, como el magister en Derecho LLM-UC, el Magister en Ingeniería Industrial, Magister en Administración de la Construcción, MBA, la licenciatura en Derecho y numerosos Diplomados de diversas disciplinas.

Metodologías aplicadas con enfoque teórico-práctico

Nuestro Programa se distingue por el desarrollo de metodologías aplicadas a la realidad chilena, basadas en el marco teórico más actual para el estudio de la negociación y la resolución de conflictos.

Un pilar fundamental en la enseñanza de estas metodologías es la utilización de juegos de roles, que permiten la adquisición y aplicación práctica de conocimientos, así como el desarrollo de destrezas.

Investigación aplicada

En los últimos años, el Programa ha otorgado un fuerte énfasis a la generación de conocimiento e investigación en negociación y resolución alternativa de conflictos.

Nuestro enfoque de investigación se dirige principalmente al estudio de estos mecanismos, con el fin de contribuir a su desarrollo y perfeccionamiento, basándonos en cuatro pilares: preparación estratégica, relaciones de cooperación, construcción de confianza y conducción de procesos regidos por la ética, que ponen a la dignidad humana en su centro.

Además, buscamos desarrollar publicaciones que revisen el estado de los MASC, fomentando su desarrollo e incentivando la existencia de una mirada técnica del conflicto y su resolución, siempre con un enfoque aplicado.

Por ejemplo, durante el 2018, en el marco del Concurso de Políticas Públicas UC, desarrollamos el proyecto "Hacia un modelo integral de política pública para la mediación: un análisis de las instituciones sectoriales de mediación", el cual fue realizado por los investigadores Liliana Guerra, de la Escuela de Trabajo Social, Carlos Frontaura, Decano de la Facultad de Derecho, Nicolás Frías, Subdirector del Programa de Reformas a la Justicia, acompañados por Cristián Saieh, Marcelo Marzouka y Benjamín Astete, del Programa de Negociación.

Vínculo con el medio

El Programa permanentemente busca instancias de acercar la negociación y la resolución cooperativa de conflictos a las personas. Por quinto año consecutivo, alumnos del curso de Negociación de la Facultad de Derecho, realizaron un proyecto con la comunidad, en el marco de la colaboración con Puentes UC. Utilizando la metodología de Aprendizaje y Servicio, se realizan actividades que permiten acercar los recursos académicos de la universidad con las necesidades concretas de las realidades locales de cada municipio, al tiempo que los estudiantes ganan una experiencia de aplicación directa de sus conocimientos y habilidades.

Otro importante aporte del Programa es la formación y capacitación entregada a organizaciones, organismos estatales y empresas, con distintos focos, de acuerdo a las necesidades de cada una. Entre otros, hemos impartido programas que abordan técnicas de negociación, estrategias de negociación colectiva, resolución de conflictos al interior de las organizaciones, técnicas de conciliación y mediación.

15 años de historia: principales hitos

De esta forma, desde su creación el Programa de Negociación UC ha conseguido posicionar a la Universidad Católica como una de las instituciones líderes en el estudio de la resolución alternativa de conflictos en el país, a través de distintas actividades, tales como:

- La dictación del Diplomado en Negociación, hoy en su XVI versión, que el 2019 incorporará dos menciones de especialización: Mención en Mediación, co-organizada con el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, que está orientada a analizar y aplicar el mecanismo de la mediación para la resolución de conflictos, desarrollando competencias para desenvolverse como mediador y/o parte; y la Mención en Negociación Estratégica Avanzada y Liderazgo, orientada a la aplicación de herramientas avanzadas de negociación estratégica y de liderazgo, como competencias para el desarrollo personal y ejecutivo.
- Alianzas con instituciones públicas y privadas para el desarrollo de competencias de negociación en sus organizaciones.
- Dictación de diversos programas de formación en negociación en conjunto con la Escuela de Administración y con la Escuela de Ingeniería.
- Publicación bimensual del Newsletter de Negociación UC, que cuenta con más de 2.000 suscriptores y con colaboradores externos e interno y publicación del Anuario.
- Presencia curricular de nuestros profesores en los programas de Magister LLM, MBA, MAC y MII, así como en diversos diplomados, tanto de nuestra Facultad como de otras unidades.
- Implementación de la metodología Aprendizaje y Servicio en el curso de pregrado de la escuela de Derecho, gracias al convenio con Puentes UC.
- Desarrollo de publicaciones e investigaciones.
- Colaboración con el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, para fomentar el desarrollo de la mediación comercial y para la formación de árbitros y mediadores.
- Organización de Seminarios y Congresos, que han contado con destacados invitados internacionales, tales como William Ury y Adela Cortina, entre otros.

Hitos destacados del año 2018

Algunos de los principales hitos del año 2018 fueron:

- Desarrollo del proyecto de investigación "Hacia un modelo integral de política pública para la mediación: un análisis de las instituciones sectoriales de mediación", en el marco del Concurso de Políticas Públicas UC.
- Realización de la XV versión del Diplomado en Negociación.
- Participación en la formación de Mediación en Red, iniciativa que reúne a académicos de más de 20

universidades de Chile para impulsar colaborativamente el desarrollo de la mediación, cuyo lanzamiento contó con la presencia del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín y con Haroldo Brito, Ministro de la Corte Suprema.

- Colaboración, a través de Mediación en Red, en el taller organizado por la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con académicos, expertos y mediadores, con el objetivo de entregar observaciones, sugerencias y comentarios a la propuesta de modelo legal que regula la mediación en el contexto de la Reforma Procesal Civil.
- IV Taller de Mediación Comercial y Resolución de Conflictos, organizado en conjunto con el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.
- VI y VII versión del curso Relaciones Laborales y Negociación, dictado con la Escuela de Administración UC.
- Publicación del II Anuario de Negociación del Programa.
- Colaboración con el Centro de Políticas Públicas en el desarrollo de la mediación de conflictos socioambientales. En particular, este año nuestro equipo colaboró en la dictación del primer curso de mediación socioambiental, organizado por dicho Centro y que contó con la certificación de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Berna.
- Durante este año realizamos extensos programas de formación para instituciones como la Dirección del Trabajo, capacitando a los conciliadores de dicho servicio, el Servicio de Salud Metropolitano Oriente, entrenando a un grupo de líderes en mediación de conflictos organizacionales y para empresas, tales como Cencosud, Tottus y Aquanima, todas las cuales confiaron la formación de sus profesionales a la UC a través del equipo del Programa.
- Adjudicación del Concurso de Políticas Públicas del Centro de Políticas Públicas UC, con el proyecto "El panel comunitario como alternativa para la solución de conflictos socioambientales", con el equipo conformado por la profesora Liliana Guerra de la Escuela de Trabajo Social, los profesores Carlos Frontaura, Nicolás Frías, Macarena Letelier y Juan Eduardo Ibañez de la Facultad de Derecho, además de Juan Pablo Schaeffer, investigador externo, y el equipo de nuestro Programa, conformado por Cristián Saieh, Benjamín Astete y Felipe Martínez.

Equipo

Equipo académico

Cristián Saieh, Director.
Benjamín Astete, Subdirector.
Felipe Martínez, Coordinador de Investigación.
Fernanda Ortúzar, Difusión de programas de formación.
Carolina Larraín, Profesora miembro.
Carolina Barriga, Profesora miembro.

Colaboradores e investigadores asociados

Maureen Boys
Sergio Espejo
Nicolás Frías
Carlos Frontaura
Liliana Guerra
Edgar Kausel
María Soledad Lagos
Macarena Letelier
Darío Rodríguez
Juan Pablo Schaeffer

Ayudantes de investigación

Daniel Beltrán
Natalia Sanzana
Tamara Atabales
Anaïs Ayazi
Clemente Echenique
Manuela Enríquez
Fernanda Fluhmann
Valentina Muñoz
Francisca Navarro
Isadora Peña

Editor del Anuario

Felipe Martínez

Talleres para empresas e instituciones

¿Sabías que más de un 75% de los profesionales y ejecutivos encuestados señalan la falta de preparación como la causa del fracaso de sus negociaciones o de haber dejado valor en ellas?: Continúa la formación de tu equipo en negociación y solución de conflictos.

Los talleres y programas cerrados dirigidos a instituciones dictados por el equipo del Programa de Negociación permiten que los participantes conozcan y apliquen las mejores prácticas y las más modernas técnicas y estrategias de negociación, para integrar equipos de alto desempeño, generar acuerdos de máximo valor y construir relaciones de cooperación, tanto dentro como fuera de su organización.

- Desarrollados a la medida de cada organización y a su cultura.
- Enfoque práctico, con metodología basada en casos y juegos roles.
- Dirigidos a ejecutivos, profesionales y a toda persona que requiera negociar.

Los pilares de la metodología estudiada son la preparación estratégica; el establecimiento de relaciones de cooperación; la construcción de confianza y la importancia de la ética en las negociaciones.

Los talleres y programas tienen como finalidad entregar la metodología de Negociación UC, adaptada a la realidad de la empresa o institución que lo requiera. Esta metodología se basa en más de 15 años de experiencia del Programa de Negociación en docencia e investigación.

Metodología de enseñanza

El foco del aprendizaje es la experiencia de los asistentes, con una enseñanza participativa, que tiene un enfoque aplicado a la empresa o institución, a través del método del caso y el de juego de roles creado por el Proyecto de Negociación de Harvard.

Los participantes preparan y desarrollan simulaciones de casos en grupos de trabajo, lo que les permite aplicar lo estudiado, para luego intercambiar retroalimentación dirigida por el equipo docente.

La duración de los programas es flexible y se estructura de acuerdo a los requerimientos específicos de cada organización.

Desde su creación, el equipo del Programa ha capacitado a más de 3.000 alumnos en pregrado, posgrado, profesionales y ejecutivos de diversos perfiles, dirigentes comunitarios y sindicales, entre otros.

Se han entrenado con el Programa de Negociación UC: Codelco, Cocha, Banco BCI, Cencosud, Enap, Enex, Aquanima, ThyssenKrupp, Ventisquero, Entel, Cencosud, Falabella, Pelambres, Mutual Seguridad, Chilectra, Ingevec, Ultramar, Enersis, Sofofa, Superintendencia de Valores y Seguros, Ministerio de Salud, Dirección del Trabajo, Santander Investment, Tottus, Falcon Partners, Minera Esperanza, Pelambres, Escondida, Kaufmann, Anglo American, Matrix Consulting y Clínica Santa María, Servicio de Salud Metropolitano Oriente, entre otras.

Consultados, más de un 95% de los participantes de nuestros cursos cerrados 2018 afirmaron que los recomendarían.

Más información

negociacion@uc.cl / (+562) 2354 2367

Las opiniones expresadas por los autores de los artículos publicados en este medio son de su propia responsabilidad y no representan necesariamente la opinión del Programa de Negociación, de la Facultad de Derecho o de la Pontificia Universidad Católica de Chile.



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

CAM
SANTIAGO
CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN
CAMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO

DIPLOMADO

NEGOCIACIÓN

MENCIÓN EN MEDIACIÓN

**MENCIÓN EN NEGOCIACIÓN
ESTRATÉGICA AVANZADA
Y LIDERAZGO**



ACTUALÍZATE CON LOS MEJORES

**HAZ LA
DIFERENCIA**

INFORMACIONES: Sofía Hernández
educacioncontinuderecho@uc.cl • 22354 2329 www.educacioncontinuderecho.uc.cl

