

Sobre una teoría trialista de la conciliación

Ariel Rincón*

Resumen

El derecho es una integralidad pura de hechos, normas y valores. La conciliación, por su cuenta, está compuesta por elementos sociológicos, normológicos y dikelógicos. La elaboración de normas de conciliación debe responder a esta dinámica, de lo contrario, queda sujeto al distanciamiento frecuente entre norma y realidad social. El presente artículo es producto de la investigación terminada en el marco de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas denominada “Una teoría trialista de la conciliación”, la cual fue dirigida por el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Palabras claves: conciliación, elaborar normas, teoría legal, técnica legislativa, teoría trialista.

REGARDING A TRIALIST THEORY OF CONCILIATION

Abstract

The study of law is a complete picture of facts, norms and values. Conciliation is composed of sociological, rule-based and axiological elements. The creation of norms for conciliation must fit into this dynamic, otherwise it frequently leads to distance between norms and social reality. This article is the result of research completed as part of the Masters Program in Theory and Practice of Legal Rulemaking, entitled “A Trialist Theory of Conciliation,” which was directed by Professor Miguel Angel Ciuro Caldani.

Keywords: conciliation, lawmaking, legal theory, legislative technique, trialist theory.

SOBRE UMA TEORIA TRIDIMENSIONAL DA CONCILIAÇÃO

Resumo

O direito é uma integralidade pura de fatos, normas e valores. A conciliação, por sua conta, está composta por elementos sociológicos, normológicos e dikelógicos. A elaboração de normas de conciliação deve responder a essa dinâmica, do contrário, fica sujeito ao distanciamiento frequente entre norma e realidade social. O presente artigo é produto da pesquisa terminada dentro do mestrado em Teoria e Prática da Elaboração de Normas Jurídicas denominada “Uma teoria tridimensional da conciliação”, a qual foi orientada pelo professor Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Palavras-chave: conciliação, elaborar normas, teoria legal, técnica legislativa, teoria tridimensional.

* Doctorando en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Magíster en Elaboración de Normas Jurídicas, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Abogado, Universidad Industrial de Santander. Profesional en Literatura, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Docente e Investigador, Uniciencia, Bucaramanga.

Correo electrónico:
arielfernandorincon@gmail.com

Recibido: 20 de septiembre del 2013

Aprobado: 02 de octubre del 2013

Cómo citar este artículo:

Ariel Rincón. *Sobre una teoría trialista de la conciliación*. DXXI. Diciembre 2013. At. 101.

I. INTRODUCCIÓN¹

La conciliación extrajudicial en derecho se ha definido tradicionalmente como una de las formas de solución de conflictos, estudiada por diferentes disciplinas del conocimiento, pero en especial por las teorías de solución de conflictos. Por ello, los trabajos de los expertos en negociación han sido los abanderados en el establecimiento de las técnicas y los métodos para abordar una audiencia de conciliación.

Los juristas, por nuestra cuenta, hemos jugado el rol de simples receptores de estas propuestas teóricas de solución de conflictos y nos relegamos a ser comentaristas de normas, abandonando, con esta actitud, la tarea de crear una teoría de la conciliación, vinculada a una teoría general del derecho, que permita entender la conciliación como una rama del derecho. La intención de estas páginas es verificar que a partir de la teoría general del derecho es posible crear teoría jurídica de la conciliación.

Para lograr este objetivo es necesario asumir una teoría del derecho de fundamento integrativista, pues este tipo de teorías permiten entender el fenómeno de la conciliación desde diferentes dimensiones del conocimiento sin aislar cada una de las dimensiones, sino, por el contrario intentando integrarlas.

La teoría general del derecho que subyace al presente documento es la Teoría Trialista del Mundo Jurídico,² la cual desde las tres dimensiones, sociológica, normológica y dikelógica, pretende estudiar el fenómeno jurídico.

Este artículo lo estructuro en siete acápite: I. Introducción. II. Metodología general de la investigación. III. Dimensión sociológica de la conciliación. IV. Dimensión normológica de la conciliación. V. Dimensión dikelógica de la conciliación. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

1 Este artículo es de reflexión producto de la investigación terminada en el marco de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, denominada “Una teoría trialista de la conciliación” de la Universidad de Buenos Aires.

2 En Colombia, Mauricio Plazas establece una reflexión sobre el trialismo jurídico, la cual simplemente analiza las tres dimensiones del derecho pero no profundiza en las categorías del trialismo jurídico. Ver M. Plazas. A. Del realismo al trialismo jurídico. Temis, 2007.

II. METODOLOGÍA GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

El Trialismo Jurídico como teoría general de derecho fue desarrollada por el profesor Werner Goldschmidt y continuada por el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani. Estos dos profesores sentaron las bases del Trialismo Jurídico como una de las teorías al interior del tridimensionalismo jurídico. Sin embargo, la continuación del Trialismo Jurídico por parte del profesor Ciuro Caldani no implicó un mero continuismo, sino que modificó tanto categorías como el fundamento filosófico de la teoría: mientras que el profesor Goldschmidt fundamenta el Trialismo Jurídico del “realismo genético religioso monoteísta”,³ el profesor Ciuro lo aborda desde el “constructivismo”.⁴

Esta variante filosófica implicó el rediseño interno de las categorías teóricas y el entendimiento del derecho como un mecanismo en constante construcción. “Una Teoría Trialista de la Conciliación” se encuadra dentro de la variante propuesta por el profesor Ciuro Caldani.

El Trialismo Jurídico entiende el derecho desde la integración de tres dimensiones: la dimensión sociológica, compuesta por hechos, la dimensión normológica, compuesta por normas, y la dimensión dikelógica, compuesta por la justicia.

Cada una de estas dimensiones contiene una serie de categorías, las cuales permiten relaciones, tanto internas como externas, y la integralidad del derecho como objeto de estudio. Abordar la conciliación desde la teoría del derecho implica reconocerla como un mecanismo altamente regulado y que tiene como finalidad la paz social.

El método propio del Trialismo Jurídico es la declinación, la cual consiste en verificar el despliegue de un objeto desde las diferentes categorías que conforman el Trialismo Jurídico. Así, un mismo objeto de conocimiento se estudia desde lo fáctico, lo normativo y lo valorativo, con categorías previamente determinadas e interrelacionadas.

En materia de conciliación extrajudicial en derecho, lo fáctico se despliega en la audiencia de conciliación; lo normológico está orientado a la creación de una norma jurídica, actas y constancias; y, lo dikelógi-

3 W. Goldschmidt. Introducción filosófica al derecho, 7a. ed., pág. 26. Lexis Nexis, 2005.

4 M. Á. Ciuro. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas-Metodología jurídica. pág. 2. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Tabla 1. Categorías de la dimensión sociológica

A.	Los objetos a repartir.	¿Qué es lo que se reparte?	Definir qué valores afectan la conciliación y cómo se materializan.
B.	Los beneficiarios.	¿Quiénes son los beneficiarios del reparto proyectado?	Hacer un listado de los individuos que va a beneficiar y a afectar la conciliación.
C.	Los repartidores.	¿Quién es el que reparte?	Es necesario definir quién o quiénes son las personas que concilian.
D.	Las formas del reparto.	¿Cuál es la forma del reparto?	Estipular si la conciliación se hace por medio de una negociación, imposición, etc.
E.	Las razones del reparto.	¿Por qué se reparte?	Identificar las razones de la conciliación.
F.	Las clases de los repartos.	¿Qué clase de reparto se tiene contemplado?	La conciliación se hace de forma autoritaria, es decir sin que haya consenso con el destinatario de la norma, o de forma autónoma en la que se llega a un acuerdo entre creadores y destinatarios.
G.	Los límites de los repartos.	¿Qué clase de límites tiene el reparto?	Definir cuáles son los límites de la conciliación: si tiene límites generales (provenientes de la naturaleza de las cosas) o si tiene límites voluntarios (cuestiones de espacio, tiempo).
H.	Las distribuciones.	¿Qué distribuciones están presentes?	Verificar qué distribuciones pueden afectar la conciliación.
I.	El orden de los repartos.	¿Cuál es el orden del reparto proyectado?	Definir si la conciliación en un plan de Gobierno en marcha o en la ejemplaridad.
J.	El desorden de los repartos.	¿El reparto proyectado crea algún escenario de anarquía?	Definir si la conciliación genera anarquía institucional (no saber quién es el repartidor) o anarquía teleológica (no saber los criterios del reparto).

Fuente. Rincón, 2001

co opera como elemento crítico tanto de la audiencia como de la norma producto de la audiencia.

Le corresponde al conciliador, dentro de este esquema general, actuar en la audiencia de conciliación, elaborar la norma producto de la audiencia de conciliación y tener una visión crítica, desde la justicia, de lo ocurrido tanto en lo sociológico como en lo normativo. En otras palabras, le corresponde verificar que tanto la norma creada como la audiencia de conciliación sean justas.

III. DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA – AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

La dimensión sociológica que importa al fenómeno jurídico de la conciliación extrajudicial en derecho se despliega mediante las categorías que se presentan en la tabla 1.⁵

Este esquema sociológico está fundado sobre la base de las adjudicaciones de potencia e impotencia. Todo ser humano está en la posición de ser repartidor y beneficiario tanto de potencia como de impotencia.

⁵ A. F. Rincón Almeyda. Una teoría trialista de la conciliación. Tesis aprobada por la Maestría en Teoría y Práctica para la Elaboración de Normas Jurídicas, Universidad de Buenos Aires. (2011).

La potencia y la impotencia dispuesta para el humano está valorado por la vida, es decir, la posibilidad de hacer despliegues de vida: dar y quitar vida.

En palabras de Goldschmidt:

[...] encontramos en el mundo innumerables adjudicaciones de potencia e impotencia. La concepción y luego el nacimiento de un ser vivo le adjudica la básica potencia de la vida; y el morir le adjudica la impotencia de la muerte. Salud y enfermedad, juventud y vejez, ayuda y desamparo, saber e ignorancia, virtud y vicio, riqueza y pobreza constituyen otros tantos ejemplos de potencia e impotencia adjudicados a cuantos pueblan esta tierra.⁶

Ahora bien, estos despliegues de potencia e impotencia pueden ser desarrollados por el humano (reparto) o por fuerzas extrahumanas (distribuciones). A efectos del análisis de la conciliación se pondrá principal énfasis en los actos humanos, es decir en los denominados repartos.

A. Los objetos a repartir

El objeto general del reparto es la vida. Todos los seres somos capaces de dar y quitar vida. En esta dinámica

⁶ Ver id. Cit. 3. pág. 47.

vital los objetos materiales importan en la medida en que aumenten o disminuyan el valor vida.

El conciliador debe identificar los objetos sobre los cuales versa la controversia, los cuales pueden ser materiales o inmateriales, para de esta forma poder establecer en qué medida los objetos del reparto están afectando al valor vida.

B. Los beneficiarios

Es todo ente al cual se le adjudica potencia e impotencia. Dado que la adjudicación de potencia tiene la faceta positiva y negativa, es posible clasificar a los beneficiarios en beneficiario gravado y beneficiario beneficiado. El beneficiario gravado es receptor de impotencia, mientras que el beneficiario beneficiado es receptor de potencia.

El conciliador debe identificar o listar los beneficiarios del reparto que se está desarrollando en la audiencia. La lista de beneficiarios se extiende incluso a aquellos que no participan de la audiencia de conciliación. En una conciliación para fijación de cuota alimentaria para menores de edad, por ejemplo, los beneficiarios van a ser los menores, quienes no concurren a la audiencia.

C. Los repartidores

Repartidor es todo ser humano dotado de fuerza que obra espontáneamente. Todos hacemos despliegues de potencia e impotencia, pero para adquirir la categoría repartidor se requiere de la espontaneidad. El conductor de vehículo, que estrelló a un vehículo porque ha sido chocado previamente por otro vehículo, no obra con espontaneidad.

El conciliador debe saber quiénes son los repartidores en una audiencia. No siempre quien actúa en una audiencia de conciliación es el repartidor. El caso más claro es el de las empresas que obran por medio de apoderados. Estos últimos no son verdaderos repartidores y su reparto está afectado por el alcance del poder otorgado.

D. Las formas del reparto

La forma del reparto es la conciliación misma, la cual puede ser entendida como una forma de negociación altamente estructurada. Con esto, la conciliación adquiere dos facetas, una de carácter negocial y otra de

carácter procedimental. La primera faceta nos remite al concepto de negociación y al despliegue de las diferentes técnicas de negociación, y la segunda faceta, por su cuenta, nos remite al entendimiento de la conciliación de acuerdo con el cumplimiento de cuatro etapas: convocatoria, apertura, despliegues de potencia y clausura.

E. Las razones del reparto

El análisis de las razones del reparto nos conduce al porqué de la conciliación. Con ello es necesario diferenciar entre razones, razones alegadas y móviles. Los móviles es lo que realmente anima o motiva al repartidor a hacer el despliegue de potencia. Los móviles por lo regular son encubiertos por el repartidor y es necesario identificarlos a través de las razones alegadas.

Le corresponde al conciliador identificar los móviles a partir de las razones alegadas. Para ello debe partir por clasificar el tipo de razón alegada, esto es, definir si se trata de una razón concreta, de una razón simbólica o de una razón trascendente.

F. Las clases de los repartos

Los repartos se pueden realizar de forma autónoma o de forma autoritaria. La primera clase de reparto tiene como fundamento el consenso, y el segundo el ejercicio de la autoridad o poder.

La conciliación es un ejemplo de reparto autónomo en cual su fundamento es la búsqueda de un consenso. Es necesario advertir que la mera concurrencia de las firmas en un acta no garantiza el consenso, pues en los repartos autónomos se pudieron haber hecho repartos autoritarios que induzcan en un futuro al desconocimiento de la norma elaborada en la audiencia de conciliación.

Es función del conciliador verificar que en la audiencia de conciliación se esté consolidando el consenso y advertir cuándo se estén haciendo despliegues autoritarios en esta.

G. Los límites de los repartos

Todo reparto tiene sus límites y estos pueden ser necesarios, proveniente de la naturaleza de las cosas, o voluntarios. Los límites necesarios provienen de la naturaleza misma de las cosas. La división material de un vehículo puede ser un ejemplo de violación a un límite

proveniente de la naturaleza de las cosas. No es posible fraccionar el objeto (vehículo) sin que se afecte su naturaleza; por el contrario, es posible fraccionar un lote de tierra, que si bien puede afectar sus calidades específicas, no por ello pierde su naturaleza.

Los límites voluntarios por su cuenta están delimitados por circunstancias personales, temporales, especiales y reales. Los límites voluntarios se circunscriben a las circunstancias en específico y no a las generales.

El conciliador debe conocer los límites del reparto que está proyectando y advertir de qué manera o en qué momento se sobrepasan límites que pueden afectar tanto la conciliación como las normas creadas en la audiencia de conciliación.

H. Las distribuciones

Son aquellos despliegues de potencia que provienen del azar, la naturaleza y las influencias humanas difusas. Si bien a efectos de la conciliación el eje principal son los repartos, es necesario que el conciliador aborde las distribuciones toda vez que estas pueden afectar la norma producto de la audiencia de conciliación que está creando.

Con ello las adjudicaciones de potencia pueden provenir del azar entendido como la espontaneidad en la identificación de las cosas. Las influencias humanas difusas se entienden como aquellos despliegues de potencia a los cuales no se les puede identificar un responsable, pero sabemos que son producto de una conducta humana. La naturaleza hace despliegues de potencia tales como un terremoto o una tormenta.

Si bien el conciliador no puede tener control sobre las adjudicaciones, sí debe ser consciente de la existencia de estas y puede, con ayuda de la técnica, prevenir afectaciones a la norma que está creando.

I. El orden de los repartos

Los repartos se concatenan a través de la idea de secuencia y continuidad. Las manifestaciones de la secuencia y continuidad se desarrollan por medio de relaciones de verticalidad (plan de Gobierno en marcha) y horizontalidad (ejemplaridad).

Existe un plan de Gobierno en marcha cuando los repartidores han acordado un plan de acción determinado y la conciliación en específico forma parte de ese plan de acción. Con esto, el reparto se enmarca dentro de un reparto de jerarquía superior.

La ejemplaridad, por su cuenta, opera cuando se decide hacer determinado reparto porque se tiene conocimiento de que en circunstancias similares el mencionado reparto generó los efectos que ahora se persiguen. En este caso se desarrolla el reparto porque existió otro que previamente sirvió como ejemplo o modelo a seguir.

El conciliador debe identificar si el reparto proyectado está enmarcado dentro del orden de los repartos. Saber que la conciliación que se está desarrollando forma parte de un plan de Gobierno en marcha, por ejemplo, facilita su dinámica.

J. El desorden de los repartos

Si bien los repartos pueden provenir de un orden, también pueden serlo de un desorden. El desorden de los repartos puede generar anarquía institucional o anarquía teleológica. La primera ocurre cuando no se conoce el repartidor, mientras que la segunda ocurre cuando no se conocen los criterios del reparto.

Con ello, la tarea del conciliador consiste en determinar en qué momentos se está generando algún nivel de anarquía e intervenir para ponerle un orden al reparto. La conciliación sirve como mecanismo que pone orden a los repartos.

IV. DIMENSIÓN NORMOLÓGICA DE LA CONCILIACIÓN

La dimensión normológica que importa al fenómeno de la conciliación extrajudicial en derecho se despliega mediante las categorías que se establecen en la tabla 2.

A. Concepto de norma

Una norma es “la captación lógica neutral de repartos proyectados”.⁷ Del concepto “captar” vinculado al concepto se desprenden tres necesidades: fidelidad, exactitud y adecuación. Con esto,

si la norma expresa la voluntad de su creador se puede decir que la norma es fiel; si a su vez la norma expresa la voluntad de su autor, y se cumple, la norma es exacta. Ahora bien, toda norma también tiene una serie de objetivos deseados por su autor, los cuales se deben ma-

⁷ Ver id. Cit. 3, pág. 14.

Tabla 2. Categorías de la dimensión normológica

A.	Concepto de norma.	¿Qué es una norma y cuáles son sus características?	Establecer el concepto de acta de conciliación y constancias; describir sus características.
B.	Estructura de la norma.	¿Cuál es la estructura de una norma?	Establecer la estructura del acta de conciliación y de las constancias.
C.	Clases de normas.	¿Cuáles son las clases de las normas?	Establecer las clases de actas de conciliación y constancias.
D.	Fuentes de las normas.	¿Cuál es la fuente de la norma? ¿Cuáles son las clases de las fuentes?	Establecer cuál es la fuente del acta de conciliación y las constancias; establecer qué clase de fuente da origen al acta de conciliación y a las constancias.
E.	Funcionamiento de la norma.	¿Cómo funciona la norma?	Establecer el funcionamiento de las actas de conciliación y las constancias.
F.	Ordenamiento normativo.	¿Cómo se integran las normas?	Establecer cómo se integra el acta de conciliación y las constancias al ordenamiento normativo.
G.	Estructura del ordenamiento normativo.	¿Cuáles son las relaciones que tiene una norma con las demás?	Establecer con cuáles normas se relaciona el acta de conciliación y las constancias.

Fuente. Elaboración propia

terializar a través de diferentes instancias jurídicas. Si la norma logra integrar los objetivos deseados con la materialización, estamos frente a la adecuación.⁸

Estos tres elementos, junto con la necesidad de la neutralidad respecto de quien capta la norma, deben quedar integrados en los tipos de normas susceptibles a ser creados en una audiencia de conciliación, los cuales pueden ser acta o constancia. El acta de conciliación se entiende como la captación lógica neutral hecha por el conciliador de los repartos proyectados en una audiencia de conciliación. Por su cuenta, las constancias pueden ser de tres tipos: imposibilidad de acuerdo, inasistencia y asunto no conciliable; estas tienen como característica que o bien no se hicieron despliegues de potencia, o bien estos despliegues de potencia no generaron efectos normativos. Esta definición le corresponde hacerla al conciliador.

B. Estructura de la norma

La estructura de las normas jurídicas responde a la fórmula antecedente jurídico y consecuencia jurídica. El antecedente de la norma “se refiere al sector social a reglamentar, y una consecuencia jurídica, presenta su reglamentación”⁹

Esta estructura de las normas exige al conciliador identificar el sector social a reglamentar, esto es los despliegues de potencia desarrollados, y fijar la reglamentación propia de los despliegues de potencia que se desarrollaron. Este mecanismo opera tanto en las actas como en las constancias, con la diferencia de que el

efecto jurídico de las constancias está determinado por normas de jerarquía superior y no por lo que podrían disponer los repartidores.

C. Clases de normas

Las normas jurídicas se clasifican en normas generales y particulares. Las de carácter general

[...] serán aquellas que estén destinadas a regir situaciones futuras mientras que las normas particulares casos pasados. Las normas generales tienen un antecedente supuesto, es decir hipotético, tendientes a cumplir el valor predecibilidad; por el contrario, las normas particulares tienen un antecedente descriptivo, es decir categórico, tendientes a cumplir el valor inmediatez.¹⁰

Las normas producto de una audiencia de conciliación son de carácter particular. Regulan relaciones pasadas, conflictos, para que tenga efectos a futuro. Esta posibilidad de solución de conflicto permite que las actas de conciliación, no así las constancias, puedan tener un carácter parcial, es decir que “establezca un número plural de antecedentes y un número singular o plural de consecuencias jurídicas, pero inferior al número de antecedentes”.¹¹

D. Fuentes de las normas

Es necesario buscar la fuente de toda norma en la realidad que ella supone, es decir en los repartos que ella capta.

8 Ver id. 3, págs. 91-92.

9 Ver id. Cit. 4 pág. 14.

10 Ver id. Cit. 3. pág. 99.

11 Ver id. Cit. 3 pág. 109.

Con esto, es necesario hacer una diferenciación: mientras la fuente del acta de conciliación es la audiencia de conciliación, la fuente de las constancias es el conciliador.

La fuente de toda norma tiene una doble faceta, una en sentido material y otra en sentido formal. La primera faceta nos remite al reparto mismo, y la segunda faceta nos remite a su estructura o externalidad. Sin embargo, lo importante es el paso constante de la fuente formal a la fuente material.

El conciliador debe ser consciente de esta dinámica de las fuentes y, sobre todo, de la clasificación de las fuentes. Esta clasificación se sintetiza en:

[...] las fuentes espectáculos, las cuales se dictan para aparentar pero no para cumplirlas; las fuentes propaganda, que se crean como mecanismo de presión para alcanzar una finalidad diferente a la que la misma norma contiene, siendo una especie de cortina de humo con la cual se ocultan otras pretensiones; fuentes flexibles o rígidas, de acuerdo con su facilidad para ser modificadas; elásticas o inelásticas, dependiendo de si permiten o no el cambio social, y fuentes participativas, si hay participación o no en la fuente.¹²

Este método clasificatorio le permite al conciliador identificar el tipo de norma que está creando y con ello conjeturar el futuro de esta.

E. Funcionamiento de la norma

El funcionamiento de la norma tiene dos momentos en conciliación: uno respecto al funcionamiento de las normas que afectan a las normas que se crean en la audiencia de conciliación, y otro al funcionamiento del acta y las constancias.

La primera tarea corresponde exclusivamente al conciliador. El conciliador es quien debe conocer tanto el ordenamiento normativo como el método de la norma que está creando y, por tanto, es quien debe saber las relaciones que deben existir entre las normas que está creando y las normas del ordenamiento normativo. En desarrollo de esta actividad el conciliador debe desarrollar las tareas de “reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, argumentación y síntesis”.¹³

Por reconocimiento el conciliador debe establecer la validez y vigencia de las normas; por interpretación

el conciliador fija el sentido de la norma, averigua la auténtica voluntad del autor, compara el sentido de la norma en la comunidad lingüística con la voluntad del autor y, en caso de discrepancia entre el sentido de la norma en la comunidad lingüística con la voluntad del autor, adapta la norma; por reconocimiento se entiende la estipulación de la norma mediante reglamentación; por elaboración se entiende la tarea de producción de la norma misma; por aplicación el conciliador opera una doble función, “por un lado la aplicación de normas jurídicas al acta que se proyecta, y por el otro la aplicación propiamente del acta”.¹⁴ Por argumentación el conciliador define los tipos de argumentos que se han hecho en los despliegues potencia; por síntesis el conciliador define las normas aplicables y que se deben tener en cuenta para elaborar las normas propias de la audiencia de conciliación.

Es necesario advertir que estas tareas no son secuenciales sino que el conciliador las tiene que desarrollar incluso, en algunos momentos, de forma alterna.

F. Ordenamiento normativo

El concepto de ordenamiento nos vincula con el orden de los repartos. En este sentido, el ordenamiento será “la captación lógica neutral del orden de los repartos”.¹⁵ El ordenamiento nos vincula con la idea de integración normativa, pues

[...] las normas no se producen para que mantengan una existencia individual, sino colectiva. Las normas se integrarán con otras normas al orden normativo. Esta integración opera bajo el principio de legalidad, es decir, que cada norma cumpla con los requisitos de legalidad que el orden normativo establece.¹⁶

Esta idea nos conduce a determinar que el conciliador debe fijar que exista un vínculo entre lo deseado por los repartidores y la norma que está creando, por un lado, y que tanto el acta como la constancia se construyan dentro del principio de legalidad.

G. Estructura del ordenamiento normativo

La idea de ordenamiento nos conduce necesariamente a la definición de su estructura. En este sentido, las

¹² Ver id. *Cit.* 3. pág. 101.

¹³ Ver id. *Cit.* 4. pág. 16.

¹⁴ Ver id. *Cit.* 3. pág. 119.

¹⁵ Ver id. *Cit.* 4 pág. 14.

¹⁶ Ver id. *Cit.* 3. pág. 115

normas se relacionan de forma horizontal o vertical. Estas relaciones están dispuestas al valor coherencia.

En materia conciliatoria importa determinar el ordenamiento normativo pues cada norma producto de una conciliación se integra al ordenamiento normativo y el conjunto de normas que rigen las relaciones particulares de los repartidores conforman un micro-ordenamiento normativo. Estas dos facetas exigen al conciliador la tarea de identificar tanto el ordenamiento normativo, nacional o internacional, al que va a vincular el acta o la constancia, como el micro-ordenamiento normativo que rige las relaciones de los repartidores.¹⁷

Las relaciones verticales del ordenamiento normativo se deben verificar por la validez de las mismas. El conciliador debe prever que la norma que está elaborando se inserta al ordenamiento normativo y por tanto debe respetar tanto sus condiciones de producción, como su contenido. Las relaciones horizontales implican que las normas se relacionan con normas del mismo nivel jerárquico y por tanto debe respetar las condiciones de infalibilidad y concordancia.

Las relaciones verticales y horizontales del microordenamiento normativo nos conducen a la verificación de las condiciones de producción y su contenido en los repartos que los repartidores han hecho previamente. El conciliador debe identificar el microordenamiento normativo de los repartidores y, a partir de ahí, verificar la manera como se debe vincular el acta o constancia que está elaborando.

V. DIMENSIÓN DIKELÓGICA DE LA CONCILIACIÓN

La dimensión dikelógica importa al fenómeno de la conciliación porque es desde esta perspectiva como se cuestiona o indaga por lo justo en las dimensiones sociológica y normológica. Con ello el conciliador hace la crítica para verificar si tanto los repartos como la norma creada son justos. Para ello se establecen las categorías que se observan en la tabla 3.

A. Concepto de justicia

El concepto de justicia que se aborda pretende generar una unidad metodológica que permita analizar lo fáctico y normativo, con miras a establecer lo justo o injusto. Esta catalogación está regida por el principio de otorgar a cada individuo una esfera de libertad tan amplia que le permita desarrollarse o devenir en persona.

Con ello el conciliador verificará cómo se comportan las actuaciones de los repartidores, en la audiencia de conciliación, y el producto de estas actuaciones, las actas de conciliación o las constancias, a la luz de este principio de justicia. La justicia opera como elemento crítico al interior de una audiencia de conciliación y en sus productos.¹⁸

El conciliador debe conocer los métodos o formas de la justicia para de esta forma hacer los ajustes o precisiones del caso.

Tabla 3. Categorías de la dimensión dikelógica

A.	Concepto de justicia.	¿Qué es la justicia?	Establecer el concepto de justicia que debe orientar la conciliación.
B.	Clases de justicia.	¿Cómo hacer justicia?	Establecer los métodos de la justicia para la conciliación.
C.	Justicia de los repartidores.	¿Cuál es la justicia de los repartidores?	Establecer en qué eventos los repartidores de una audiencia de conciliación son justos.
D.	Justicia de los beneficiarios.	¿Cuál es la justicia de los beneficiarios?	Establecer en qué eventos los beneficiarios de una conciliación son justos.
E.	Justicia de los objetos del reparto.	¿Cuándo los objetos son repartidos?	Establecer los eventos en que los objetos de una conciliación pueden ser repartidos.
F.	Justicia de la forma justa del reparto.	¿Cuál es la forma justa del reparto?	Definir las formas justas de la conciliación.
G.	Justicia de las razones.	¿Cuáles razones son justas?	Establecer las razones justas en una audiencia de conciliación.
H.	Estructura justa de una norma.	¿Cuál es la estructura de una norma justa?	Establecer la estructura justa de un acta o una constancia.

Fuente. Elaboración propia

¹⁷ Ver id. *Cit.* 3, pág. 117.

¹⁸ Ver id. *Cit.* 3, pág. 119.

B. Clases de justicia

Las clases de justicia son importantes porque determinan un camino o método. Con ello tenemos la justicia distributiva que se fundamenta en la igualdad. Consiste en el reparto de cargas y bienes de acuerdo con el principio de igualdad: “cada quien reciba tanto de los bienes como de las cargas una porción adecuada a sus méritos. Si las persona no son iguales no deben dársele cargas o bienes iguales”.¹⁹ La justicia correctiva tiende a corregir las injusticias en los repartos o normas.

El conciliador está en la obligación de verificar los escenarios de justicia y establecer mecanismos que hagan a la justicia distributiva o corregir injusticias pasadas.

C. Justicia de los repartidores

Los repartidores, respecto a la justicia, pueden ser interesados o poderosos. Los primeros son aquellos que forman parte de un reparto autónomo, mientras que los segundos son aquellos que forman parte de un reparto autoritario. Ahora bien: en una audiencia de conciliación los repartidores son interesados, y por tanto le corresponde al conciliador garantizar el acuerdo, la participación de todos y la causa válida.

Ahora, la clase de justicia que se desarrolla respecto a los repartidores puede ser consensual-extra-consensual y partial-gubernamental. La audiencia de conciliación se orienta a lo consensual y por tanto la garantía de justicia del reparto yace en que se desarrolle dentro de la consensualidad. Para que esto se logre, “el conciliador debe asumir una posición abstencionista respecto a las disposiciones que el repartidor hace de sus cuestiones vitales, e intervenir en los eventos que las cuestiones vitales estén en riesgo por causa de otros individuos”.²⁰

Respecto a lo partial o gubernamental en los repartidores, esto depende de si el reparto proviene de la totalidad de los repartidores o solamente de una parte de ellos. “En caso de que el reparto sea partial, es decir que no estén todos los repartidores, se considera injusto. A la audiencia de conciliación deben concurrir todos los repartidores que tengan relación con el conflicto que se quiere solucionar”.²¹

¹⁹ Ver id. *Cit.* 3. pág. 120.

²⁰ Ver id. *Cit.* 3. pág. 122.

²¹ Ver id. *Cit.* 3. pág. 122.

D. Justicia de los recipiendarios

Los recipiendarios pueden ser beneficiarios o gravados. Son beneficiarios los que tienen un despliegue de potencia que le beneficia, serán gravados si sobre ellos recae un despliegue de potencia que les perjudica. El valor injusticia no opera directamente sobre los gravados, sino que depende del tipo en concreto. En una audiencia de conciliación

[...] puede estar presente la configuración del recipiendario gravado pero ser justo el reparto. Las conciliaciones que versan sobre la custodia de menores de edad, como producto de separación de los padres, siempre el menor va a ser recipiendario gravado, pues asume el disvalor de no estar con ambos padres, pero el reparto puede ser justo en la medida en que se determine la custodia del menor en manos del padre que está en mejores condiciones de brindarle un mejor futuro.²²

Las clases de justicia que obran respecto a los recipiendarios puede ser con acepción de personas-sin acepción de personas y sectorial-integral. La justicia con consideración a personas opera cuando los repartidores hacen repartos sobre cuestiones vitales de otros individuos. El conciliador debe intervenir cuando se estén disponiendo cuestiones vitales de otros individuos, como por ejemplo menores de edad. La justicia por su cuenta es sin acepción de personas, cuando lo que importa es el rol que el individuo juega en la sociedad más que la persona como tal. Dado que el límite entre la acepción a personas y sin acepción a personas es muy estrecho, el conciliador siempre debe partir como si se tratara de justicia con acepción a personas.

La clase de justicia sectorial-integral se refiere a si el reparto que hace cubre a la totalidad de los repartos o sólo a un sector de ellos. Con ello el conciliador debe prever que el reparto integre la totalidad de los repartos.

E. Justicia de los objetos del reparto

Una vez identificado que el objeto es repartible en la dimensión sociológica, conviene analizar desde la justicia si es justo repartir el objeto. Para esta identificación es necesario tener presente el principio de justicia de otorgar un escenario amplio de libertad que permita que un individuo se convierta en persona. El con-

²² Ver id. *Cit.* 3. pág. 123.

ciliador debe verificar que la partición del objeto esté orientada al otorgamiento de vida a los beneficiarios.

Las clases de justicia respecto a los objetos del reparto son asimétrica-simétrica y aislamiento-participación. La asimetría en el reparto se fundamenta en la diferencia, lo cual puede llevar a individualismos extremos, mientras que la simetría tiende a la igualdad y puede conducir a la igualdad.

La conciliación puede desenvolverse tanto en el marco de la justicia asimétrica como de la simétrica. Si bien existen conflictos que pueden ser de carácter eminentemente simétricos, siempre es posible hacer despliegues que permiten entender la vida en su complejidad. Una relación comercial por lo general se fundamenta en la confianza de los repartidores, lo cual puede orientar la audiencia rebasando un interés simétrico económico inicial.²³

El aislamiento-participación identifica la relación entre los repartos con los objetos que se reparten. Un reparto que verse sobre un objeto que no tiene ninguna relación con los demás repartos será aislado, mientras que un reparto en el cual el objeto esté ligado a otros repartos será participativo.

La audiencia de conciliación por lo regular gira alrededor de la participación sobre los objetos del reparto, que por lo regular ya han sido repartidos. Corresponde al conciliador identificar las características participativas del objeto.

F. Justicia de la forma del reparto

El reparto puede ser autónomo o autoritario. Es autónomo cuando opera el consenso, mientras que es autoritario cuando se realiza en ejercicio de la autoridad. Ambos repartos pueden ser justos pero sólo en la medida en que concurren en la forma propia de cada reparto. La conciliación es un reparto autónomo y por tanto es justo en cuanto se desarrolle dentro de un procedimiento preestablecido.

Respecto a la forma del reparto, la justicia puede ser dialógica-monológica y absoluta-relativa. La conciliación es dialógica porque tiene su fundamento en la búsqueda de acuerdo por medio de razones y no sólo de una razón. Con esto el conciliador debe garantizar que en la audiencia de conciliación los repartidores den razones so pena de que la audiencia devenga injusta.

²³ Ver id. *Cit.* 3, pág. 126.

La justicia desde lo absoluto-relativo proviene de la verificación del orden de los repartos.

Un conciliador debe verificar el orden de los repartos realizados por los repartidores y comprobar si todos han sido mediados por un proceso. Esta posibilidad de revisión de los repartos pasados, a la luz de la forma, permite al conciliador tanto intentar corregir efectos pasados, como vincular con claridad el reparto que está creando en el orden de los repartos.²⁴

G. Justicia de las razones

La justicia de las razones implica la verificación de la existencia de razones al momento de hacer un reparto; es más: se requiere que estas razones estén fundamentadas en argumentos socialmente aceptados.

El conciliador debe verificar la existencia de razones y que estas tengan una fundamentación en circunstancias socialmente aceptadas. En una audiencia de conciliación en la cual se pretenda el pago de una deuda, una razón injusta sería aquella que estuviera dirigida a negarse al pago de la deuda porque simplemente no quiere pagarla. Esta sería una razón injusta por indebidamente fundamentación.²⁵

Las clases de justicia respecto a las razones se clasifican en conmutativa-espontánea y general-particular. La justicia conmutativa está determinada por la idea de la contraprestación, mientras que la espontánea no. Una compraventa es ejemplo de lo primero, mientras que una donación de lo segundo. En una audiencia de conciliación pueden operar cualquiera de las dos modalidades, pero el principio rector a tener en cuenta por el conciliador es la posibilidad de la reciprocidad de contraprestaciones.

Respecto a lo general-particular como clases de justicia, está referido a las razones en el orden de los repartos. El orden de los repartos será justo en la medida en que se fundamente en razones generales, y será particular cuando las razones que justifiquen el orden de los repartos sean individuales. Con esto,

[...] una audiencia de conciliación en la cual se establezca como razón la existencia de otros repartos, está

²⁴ Ver id. *Cit.* 3, pág. 128.

²⁵ Ver id. *Cit.* 3, pág. 129.

direccionada a verificar un concepto de justicia general; por el contrario, una razón orientada a disolver un orden de repartos es de carácter particular.²⁶

H. Estructura justa de una norma

Una norma es justa en la medida en que guarde un equilibrio entre sus partes. Como se estableció en la dimensión normológica, la estructura de la norma está definida por antecedente y consecuencia jurídica. Será justa aquella norma que mantenga un equilibrio entre el antecedente y el consecuente.

Un acta de conciliación será justa si existe un nexo de imputación entre el antecedente, las razones, y la consecuencia jurídica, obligaciones. Un acta de conciliación que explicita razones sobre la inexistencia de una deuda pero se establecen obligaciones, en la consecuencia jurídica, deviene en un acta de conciliación injusta. En el acta de conciliación parcial debe haber una relación directa entre las razones y las obligaciones acordadas. Será justa un acta de conciliación parcial en la medida en que se establezcan con toda claridad la relación entre la obligación y la razón. A su vez requiere que se determinen sobre qué razones no hubo acuerdo.²⁷

Las constancias serán justas en la medida en que las razones expuestas en el antecedente se correspondan con su consecuencia jurídica. En este sentido, las constancias de no acuerdo que explicitan todas las razones y finalmente establecen que no hubo acuerdo devienen injustas, pues no guardan equilibrio entre el antecedente y el consecuente.

VI. CONCLUSIONES

Este artículo, al igual que la tesis, tiene como objetivo principal la motivación entorno a la idea de generar teoría general de la conciliación a partir de la teoría general del derecho. Esta motivación repercute en la tendencia de ir creando, paulatinamente, una rama del derecho autónoma orientada por uno de los fines del derecho: la paz social.

Con esto se pretende que la conciliación deje de ser vista como un mero instrumento, como un mero

mecanismo procesal, pues, como se evidencia, es posible la consolidación de un cuerpo teórico propio que la desvincule tanto de las tendencias procesalistas como de las negociales, sin que esto implique el desconocimiento de estos dos elementos de la conciliación. La conciliación es más que una técnica de negociación y más que un instrumento procesal, es una rama del derecho en construcción que requiere de esfuerzos teóricos que concreten su objeto de estudio dotándolo de dinamismo y efectividad.

Este estadio de rama del derecho en construcción nos exige a todos los que la consideramos valiosa no detenernos en la tarea de indagar y cuestionar nuestro objeto de estudio. Por lo anterior, considero que la Teoría Trialista es un punto de partida, toda vez que permite un integrativismo hacia la consolidación de la conciliación como rama del derecho que garantiza en mejor medida la paz social.

VII. REFERENCIAS

- W. Goldschmidt. Introducción filosófica al derecho. 7a. ed., Lexis Nexis. (2005).
- M. Á. Ciuro. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. (2000).
- M.A. Plazas Vega. Del realismo al trialismo jurídico. Temis. (2007).
- A. F. Rincón Almeyda. Una teoría trialista de la conciliación. Tesis aprobada por la Maestría en Teoría y Práctica para la Elaboración de Normas Jurídicas, Universidad de Buenos Aires. (2011).

²⁶ Ver id. *Cit.* 3. pág. 130.

²⁷ Ver id. *Cit.* 3. pág. 131.