

LA MEDIACIÓN, UNA FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. SU NATURALEZA, ESENCIA, CARACTERÍSTICAS, ESTRUCTURA, VENTAJAS Y DESVENTAJAS FRENTE A LA SOLUCIÓN JUDICIAL

PAULINA GÓMEZ BARBOZA*
Universidad Católica de Valparaíso

I. PROPUESTAS VALÓRICAS

Es evidente que desde un punto de vista jurídico estrecho son sistemas institucionalizados de resolución de conflictos, el «clásico o tradicional» sistema jurisdiccional y los «alternativos»: arbitraje, conciliación y mediación. Desde una perspectiva analítica social, la cuestión es, sin embargo, más amplia: todos los conflictos acabarán por resolverse de alguna manera que se halla, más o menos, institucionalizada, a saber, por medio de la violencia, del abandono de la relación social conflictuada o mediante la sumisión autoritaria, de modo tal que toda sociedad presenta una variada gama de formas alternativas a la jurisdiccional para la resolución de sus conflictos.

Lo que me interesa aquí, sin embargo, no es simplemente evidenciar o lisa y llanamente introducir cualquier otra forma de solución de conflicto, sino promover la instauración y utilización de sistemas alternativos adecuados a los ideales de ética política y social que me interesan, por ser más favorables a los ideales de autonomía decisional de las personas y, por ende, más respetuosos de las individualidades, sus diferencias y riquezas particulares, así como mejores para la efectiva tutela de los derechos de cada uno en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Así planteadas las cosas, este análisis de una forma alternativa a la jurisdiccional para la resolución de conflictos, como es la Mediación, y su postulación como una directriz política deseable y, más que eso, debida, al interior de un Estado que quiera desarrollar auténticas políticas sociales y democráticas de efectiva tutela de los derechos de cada uno, supone esclarecer dos premisas valóricas importantes que lo sustentan.

Primero, que es propio, además de deseable, que una sociedad democrática potencie al máximo posible el más libre o autónomo desarrollo de las individualidades, en todos los sentidos, como alternativa clara y firme frente a cualquier posible for-

* La autora es docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Mediadora del Centro de Mediación de Valparaíso y del Proyecto Piloto de Mediación anexa a Tribunales implementado por el Ministerio de Justicia.

ma social de sumisión (económica, cultural, religiosa, sexual o moral) que unifique o imponga de modo autoritario, violento, atomista o de cualquier otro modo ilegítimo, una determinada forma de ser, hacer o pensar nuestras vidas como la única debida o posible. Ahogando y desperdiciando con ello la riqueza propia de la heterogeneidad personal y, con ello, las posibilidades, siempre latentes, de nuevas y bellas formas de ser, de hacer o de pensarse la vida humana.

Segundo, que en lo que respecta a la administración de justicia en una sociedad, es tarea de un Estado que se declara con «vocación o preocupación social» proporcionar a todas las personas que en él viven, un bienestar en la satisfacción de sus intereses en conflicto, lo más acorde posible con el principio del respeto a la individualidad y a la autonomía decisional.

Ello supone, por tanto, esclarecer cuáles serían los objetivos de una política de bienestar en materia de administración de justicia. Al respecto, dos son los caminos posibles:

Por un lado, el objetivo a alcanzar puede ser definido como el brindar la posibilidad a los sujetos de derecho, de acceder a la tutela judicial¹. De acuerdo con ello habría máximo bienestar social en el máximo de litigiosidad social, pues el sistema de administración de justicia sería capaz de entregar una correlación de uno a uno entre el agravio a un sujeto de derecho y la intervención jurisdiccional de modo que frente a cada conflicto habría un litigio ante la judicatura².

O bien, por otro lado, el objetivo de bienestar social en relación con el sistema de administración de justicia puede ser concebido como la posibilidad de acceder, con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo -no necesariamente judicial- de tutela de los propios derechos. Evidentemente, aquí el bienestar no está dado por la correlación uno a uno entre conflicto y litigio, sino por una correlación entre conflicto y solución efectiva del mismo al menor costo posible, sea que la solución sea jurisdiccional o no, y, por lo tanto, sea litigiosa o no litigiosa, autoritaria o negociada, estatal o extraestatal, formal o informal.

Como ciertamente apunta el profesor Carlos Peña: «la diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias, se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, hacia la creación de más tribunales o hacia la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir -y de hecho ha conducido en el derecho comparado- a diversificar las formas de resolución y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto.»³

Pues bien, la diversificación de las formas de resolución así, como la desjudicialización del sistema de administración de justicia, son dos cuestiones cen-

¹ En este caso, «el objetivo de bienestar es reducido en el máximo nivel de abstracción posible a uno solo: prestar tutela judicial a las personas cuyos derechos se encuentren -o sus titulares sientan que se encuentran- amenazados. Los conceptos procesales de acción, potestad jurisdiccional y debido proceso son las manifestaciones dogmáticas y conceptuales de este gran punto.» Peña González, Carlos: “Sobre la Necesidad de las Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional Sobre Resolución Alternativa de las Disputas, Viña del Mar, 1-2 y 3 de septiembre de 1994, pg.2.

² *Ibíd.*

³ Peña González, *op. cit.* (1) pg. 3.

trales en este planteamiento valórico. Ambos objetivos o aspiraciones son pilares centrales de una cultura social respetuosa de la individualidad y de su autonomía decisional. La diversificación lo es, tanto por lo que toca al reconocimiento que ello implica de la real diversidad o heterogeneidad de los conflictos⁴ así como por lo que importa para la posible y deseable diversidad en el planteamiento de soluciones a los mismos, desde los propios sujetos conflictuados. Y, la desjudicialización del sistema de administración de justicia resulta también fundamental, por lo que ello conlleva como «proyecto de pacificación social»⁵, entendido esto como la posibilidad de levantar otros mecanismos de solución de conflictos que animados por la propia diversidad y complejidad de la vida social y por la riqueza de las distintas individualidades y cosmovisiones permitan a los ciudadanos «reapropiarse de los modos de gestión de sus conflictos»⁶, optando por modos no necesariamente estatales, descentralizados, de restablecimiento de la paz y el entendimiento entre las personas involucradas.

A partir de estas premisas, el objetivo de bienestar social en lo tocante a la admi-

⁴ «Sobre la base de un conjunto de supuestos ideológicos -como los que subyacen a la codificación y el constitucionalismo- el ordenamiento jurídico conceptualiza erróneamente al conflicto. El conflicto que comparece ante el órgano estatal se encuentra caracterizado como una disputa en torno a títulos de propiedad o de crédito y los sujetos partícipes de la discordia como sujetos que saben perfectamente lo que quieren y que, por lo mismo, son, además, capaces de autotutelarse. Se supone, en consecuencia, por parte del ordenamiento, claridad de los partícipes acerca del objeto disputado y acerca de cuáles son sus mejores intereses: la función de las reglas, a su turno, es, simplemente, decidir por anticipado un cuadro de conflictos posible que el legislador estereotipa. A los rasgos anotados se suma el hecho de que el conflicto es visto como uno de suma cero: lo que uno de los partícipes gana, el otro pierde.» Peña González, op. cit. (1) pg.3. En este esquema y como es obvio, sólo una de las partes en disputa resulta satisfacer sus intereses después de la resolución judicial, de modo que la paz social que se logra es una simple ausencia de conflictos por sometimiento de la otra parte en disputa a la coerción de la decisión judicial, pero no es una auténtica armonía social basada en la real y más amplia posible satisfacción de los intereses de todos los involucrados en el conflicto.

⁵ Este es el sentido que Pablo Andueza Guzmán, le da a la Mediación entendida en un «segundo nivel», más autónomo e independiente respecto al campo jurisdiccional. En él, la Mediación no es un simple «procedimiento para-judicial de resolución de conflictos» llamado a constituirse en un procedimiento coadyuvante con el proceso judicial, más rápido, económico y eficaz que éste, que ayuda a prevenir litigios y, por ende, a descongestionar los Tribunales de Justicia, sino es entendida como un proceso de «amigable composición» de los conflictos sociales, que como tal está a llamada a resolver conflictos de una manera distinta a la jurisdiccional. Véase: Andueza Guzmán, Pablo: «Formas de Eficacia de la Mediación» en *Primer Encuentro Nacional de Mediación*, Santiago de Chile, noviembre 1996, p.52-56. Por medio de ella, así entendida, no se dota de coercibilidad a la solución propuesta en las reglas, sino se resuelven los conflictos a través del restablecimiento de la comunicación y el entendimiento entre las personas involucradas en el conflicto, quienes ayudadas por un Mediador, buscan por sí mismos la solución al conflicto que les aqueja que resulte más satisfactoria de los intereses de todos los involucrados, provocando con ello no la imposición de una solución única dada a un conflicto estereotipado por las reglas jurídicas, sino que una solución más acorde a la heterogeneidad y complejidad de los conflictos reales y, por ende, realmente restablecedora de la paz entre los sujetos conflictuados.

⁶ Étienne Le Roy, citado por Andueza Guzmán, op.cit(5) pg. 54.

nistración de justicia sería la diversificación de la oferta estatal, ello sin perjuicio de la propia iniciativa particular al respecto, más allá de la pura solución jurisdiccional en orden a recoger más eficientemente la diversidad de conflictos existentes, entregando a la autonomía individual la elección de la forma que estiman más apropiada para la autogestión de sus conflictos.

Con ello se favorecería no sólo la mayor eficiencia en la solución en los conflictos sociales a partir del reconocimiento de su heterogeneidad y complejidad más allá de los estereotipos previstos en la legislación, menores costos, soluciones más rápidas y deseadas y, por lo tanto, más efectivas, sino también se permitiría y legitimaría la opción social por la autogestión de la cultura del acuerdo o del entendimiento, y a partir de allí, la opción social por la cultura de la paz⁷, frente a la, hasta ahora, preponderante forma institucionalizada y centralizada de la solución estatal, autoritaria y litigiosa: la solución jurisdiccional o su paralelo arbitral, o simplemente frente a la pura y simple sumisión autoritaria o abandono de las pretensiones o relaciones en conflicto, con la carga de conflictividad social, frustración individual, potencialidad de violencia, y renuncia tácita al establecimiento de la auténtica paz que ello implica.

II. NATURALEZA DE LA MEDIACIÓN

Frente a la evidencia de un conflicto, la persona puede, en general, asumir tres actitudes esenciales: autotutelar sus intereses, autocomponer el conflicto, o bien, acudir a sistemas institucionalizados de solución de conflictos, sean éstos jurisdiccionales o no.⁸

La autotutela aparece como una simple y espontánea reacción del sujeto cuando ve lesionado un interés propio por acción de otro, bien que ésta sea directamente efectuada por la parte afectada, bien que la realice indirectamente un tercero, y reviste también, por lo general, caracteres violentos. Como reacción espontánea que es, ella obviamente no se halla preorganizada y por lo mismo es posible que sea desarrollada frente a cualquier tipo de conflicto.

Para ilustrar mejor la realidad referida recurro al ejemplo de autotutela que

⁷ Uso aquí el término “paz” como la expresión de un valor central para la vida humana –y valga la redundancia– propiamente humana, en el sentido que le da Gregorio Peces-Barba como un conjunto de exigencias de comportamiento moral de validez y eficacia universal que frente a las miles de justificaciones de la guerra, las posiciones de los fanáticos, de los realistas y de los fatalistas, “empuja decisivamente a la lucha por la tolerancia contra el fanatismo, por la razón y contra la irracionalidad, por la esperanza y contra el fatalismo, por la unidad del mundo y contra el nacionalismo, por la igualdad en el disfrute de las necesidades básicas y contra la explotación, por la libertad y contra el despotismo...” Peces-Barba, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III, 1995, 179. Véase también del mismo autor: “Reflexiones sobre la Paz” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid, Eudema, 1988, 265 ss.

⁸ Ya aclaramos en el punto I que no interesa aquí, por no deseables, las otras formas de solución social de conflictos, la violencia, la sumisión autoritaria o el abandono de la relación conflictuada, sino sólo el análisis de aquellas que resultan valiosas desde nuestras propuestas valóricas.

recoge y legitima nuestro ordenamiento jurídico bajo la figura de la llamada “legítima defensa” en el ámbito penal, o el denominado “lock out” en el ámbito laboral. No es, por tanto, en sí una solución del conflicto, sino que una re-acción al mismo.

La autocomposición, en cambio, no es ya una simple re-acción frente a la acción lesiva de otro, sino que es propiamente un mecanismo de solución del conflicto, pacífico y directo, que se encuentra preorganizado, y que consiste en la subordinación recíproca o unilateral del interés propio al del otro como forma de poner fin a un litigio ya iniciado. Es el caso de los desistimientos de acciones, de los allanamientos a la postura del otro, de las transacciones y de las conciliaciones de intereses.

Estos mecanismos autocompositivos precisamente por basarse esencialmente en dar solución al conflicto haciendo, los propios sujetos interesados, renuncia (total o parcial, unilateral o bilateral) al interés personal, sólo pueden aplicarse si lo que está en conflicto son exclusivamente intereses particulares, y no intereses colectivos o públicos. No son posibles de aplicar, entonces, ante conflictos que impliquen intereses o valores considerados de orden público.

Por otro lado, estos mecanismos autocompositivos se insertan dentro del sistema jurisdiccional de solución de conflictos, es decir, son formas de solución de un conflicto que ha devenido en litigio⁹, y, por lo tanto, si bien implican un grado de autonomía individual y de autocomposición del propio conflicto, están dentro de la lógica y la cultura adversarial de resolución de conflictos.

Los sistemas de solución de conflicto, en cambio, no son ya meras re-acciones subjetivas al conflicto, ni auto-arreglos hechos por los propios interesados dentro del marco de un litigio, sino que son procesos organizados y estructurados socialmente por medio de los cuales las personas en conflicto han de cumplir una serie de pasos o procedimientos, más o menos rígidos, y en los que intervienen otras personas como coadyuvantes a la solución del conflicto, o simplemente como sujetos decisores de dicha solución.

Según cuales sean los sistemas de solución de conflicto que un Estado ofrezca a sus ciudadanos podrá medirse el grado de litigiosidad de esa misma sociedad, o podrá también medirse el grado de bienestar social que ese Estado es capaz de entregar a sus ciudadanos en lo que respecta a la debida tutela de los derechos de cada uno. Y estos son los puntos centrales por los cuales me interesa referir y desarrollar el tema de la Mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos en Chile.

Pues bien, en una sociedad pueden existir diversas formas, éticamente aceptables, de dar solución a un conflicto, sean éstas adversariales o no, autoritarias o no, formales o informales. Una clarificadora nomenclatura es la que distingue entre «formas no negociadas o adversariales» y «formas negociadas o no adversariales».

Las formas no negociadas o adversariales se caracterizan porque en ellas:

Primero, las partes están enfrentadas entre sí, y son, por tanto, contendientes.

Segundo, un tercero suple la voluntad de las partes y decide por ellas cuál es la solución que se dará al conflicto.

Tercero, si una de las partes gana, la otra pierde, pues la noción del conflicto que

⁹ Recordemos la diferencia entre conflicto y litigio; y la mayor amplitud que encierra la primera de esas nociones.

subyace en ellas es el de una disputa de títulos de una propiedad o crédito que son de suma cero, es decir, que de tenerlos una parte, no los tiene la otra.

Cuarto, la decisión que tomará el tercero para dar solución al conflicto se basa en la ley o en algún precedente decisorio anterior de la autoridad central encargada de dicha función dada en casos similares.

Ejemplos típicos de estas formas no negociadas de solución de conflictos son: el Juicio y el Arbitraje.

Las formas negociadas o no adversariales, en cambio, se caracterizan siguiendo las mismas notas anteriores, porque en ellas:

Primero, las partes actúan juntas y cooperativamente. No se conciben como adversarios, sino como aliados o cooperadores o colaboradores en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambos de un conflicto que a ambos o a todos afecta.

Segundo, las partes mantienen el control del proceso de resolución del conflicto en el sentido que son libres para decidir si lo inician, siguen o terminan, y acuerdan por sí mismos, la propia decisión que dará solución al conflicto que los aqueja.

Tercero, todas las partes se benefician con la solución encontrada, pues la solución que se busca no es la predeterminada por la ley o la dada precedentemente por la autoridad central, pertinente en otro caso «semejante», sino que es la construida por todos pensando en la máxima satisfacción posible de las partes involucradas.

Cuarto, la decisión se basa en los propios intereses de las partes, y no en la ley o en un precedente decisorio estereotipado y por ello, son decisiones variadas, heterogéneas y más satisfactorias que las soluciones tipo establecidas de un modo estereotipado por el poder estatal.

Ejemplos típicos de estas formas negociadas son: la Negociación y la Mediación.

Así definidas, aparece evidente que son algunas ventajas de las formas negociadas, y conforme a la propuestas valóricas que sustentan este trabajo, frente a las formas adversariales, las siguientes:

Primero, constituye una ventaja la intervención activa y directa que las partes pueden desarrollar en la solución del conflicto, lo cual permite conocer y trabajar la complejidad y heterogeneidad de cada conflicto concreto, así como utilizar las diferentes riquezas y cosmovisiones personales en el tratamiento del mismo.

En segundo lugar, lo es también la mayor probabilidad de cumplimiento de los acuerdos, por el trabajo personal que las partes hacen en él y, por ende, la mayor satisfacción de sus intereses que ellos mismos involucran.

Es una tercera ventaja de estas formas, el hecho de que los acuerdos negociados permiten preservar las relaciones familiares, vecinales, comerciales o de cualquier índole que se tenga entre las partes, pues ellas se autoconciben e involucran en el proceso de resolución de la disputa no como adversarios sino como colaboradores para la solución de un conflicto común.

En cuarto lugar, constituye otra ventaja la mayor rapidez en la solución del conflicto por tratarse, en general, de formas de resolución de conflictos que se desarrollan a través de procedimientos no estructurados o demasiado formalizados, o bien, que cuentan con estructuras flexibles.

En quinto lugar, resultan también ventajosos los menores costos, económicos y personales que involucran, en virtud del menor tiempo que lleva desarrollarlos y concluirlos, así como en razón del clima no adversarial que se requiere para que se realicen.

No obstante estas evidentes ventajas, la promoción y utilización de las formas negociadas de resolución de disputas presenta algunos riesgos que no se pueden desconocer. Tales riesgos u obstáculos para su efectiva aplicación son, fundamentalmente:

Primero, su aplicación excesiva e indiscriminada, por ejemplo, por simple moda, sin tener en cuenta si la naturaleza del conflicto aconseja su utilización o sin el control necesario de su correcta aplicación y desarrollo, tanto desde el punto de vista técnico como ético.

Segundo, una baja calidad de los acuerdos, que por medio de ellos se logre alcanzar si los mediadores están más interesados en priorizar la idea del logro del acuerdo rápido frente a la alternativa jurisdiccional, tradicionalmente lenta o tardía, en vez de los auténticos valores o bondades de estos sistemas como alternativas de autogestión responsable y más satisfactoria de los conflictos en pos de la cultura del acuerdo y de la paz.

Tercero, el intentar resolver las deficiencias del sistemas de administración de justicia, que son más sensibles a los usuarios, con mecanismos alternativos como opciones más rápidas y eficientes, dejando con ello de lado la mejora necesaria del sistema judicial para su uso adecuado en todos aquellos casos en que la solución negociada no es posible.

A partir de allí surge un cuarto riesgo, como es obvio, cual es el descuidar el mejoramiento del sistema de administración de justicia.

Conforme a cuales sean las formas preponderantes de solución de conflictos en una sociedad y, como bien señala el profesor Peña; *“los análisis sociales –generalizando algunas categorías relativas al comportamiento estratégico– suelen distinguir entre culturas propensas al litigio y culturas con aversión al litigio. Lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio. Pues bien, la evolución de la composición de las causas en los últimos veinte años en Chile, muestran que la nuestra no puede ser clasificada como una cultura litigiosa”*¹⁰. Ahora bien, una baja litigiosidad social no indica, como pudiera erróneamente comprenderse, una falta o una baja presencia de conflictos, sino que denota la presencia de otras formas de resolución de los conflictos distintas a las litigiosas o adversariales, pero que no necesariamente son sistemas no adversariales que una política de justicia estatal haya puesto a disposición de sus ciudadanos, sino que simplemente pueden consistir en el mecanismo de la sumisión autoritaria del más débil, o en el abandono de la pretensión o de la relación social que provoca el conflicto. Ello es lo que probablemente sucede en Chile en el caso de los conflictos que genera la violencia intrafamiliar, el acoso sexual, las rupturas familiares, o los conflictos de determinación de la paternidad y de las responsabilidades y obligaciones derivadas de ella, conflictos en los cuales las personas afectadas se someten a quien tiene el poder o, lisa y llanamente, asumen otras formas de vida familiar no tradicional, como por ejemplo la vida autónoma de “madres jefas

¹⁰ En 1984 en Chile, la tasa de litigiosidad fue de mil trescientas causas por cien mil habitantes, la que está muy lejos de los niveles de Austria o Bélgica, donde sólo en materia civil, y en primera instancia, alcanzaron a cerca cinco mil causas. Son tasas, por lo tanto, más cercanas a las de Japón, que posee, como es sabido, aversión al litigio. Datos extraídos de: Peña, Carlos. op.cit (1).

de hogar” quienes abandonan la pretensión de ayuda alimentaria del padre y la propia relación familiar tradicional, o la vida de la madre o el padre y sus hijos con los abuelos, situación que también implica una renuncia a la estructura familiar tradicional, el concubinato, etc. Con ello, obviamente, no se soluciona propiamente el conflicto, sino que, en estricto rigor, incluso, se generan otros.

Sistemas alternativos al jurisdiccional de resolución de conflictos hay múltiples, desde el equivalente jurisdiccional no estatal del Arbitraje, pasando por el proceso de Negociación, el de Mediación, el de Conciliación, o hasta sistemas combinados como una Mediación seguida por un Arbitraje a falta de acuerdo en Mediación; o un Arbitraje seguido de Mediación si la solución arbitral no resulta del todo satisfactoria a las partes. E incluso otros más ajenos a nuestra realidad cultural como son el sistema de la Evaluación Neutral de la Prueba, el Sistema del Experto Neutral, o el del Oyente Neutral; el del Mini Juicio o el Sistema de Alquiler de un Juez.

Pues bien, de todos estos sistemas alternativos de resolución de conflictos, el que aquí interesa referir y perfilar es el Sistema de la Mediación de conflictos, pues tal es un mecanismo alternativo a la solución jurisdiccional que está pronto a ser instaurado en Chile como una instancia que, para algunos casos, se plantea como obligatoria¹¹ dentro del nuevo procedimiento proyectado en la nueva ley sobre Tribunales de Familia próximo a ser promulgada y publicada en el país. Además de ello, el sistema de Mediación tiene ya en nuestro país una aplicación efectiva en algunas áreas de trabajo de los conflictos con familias, menores, usuarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, Cámaras de Comercio, etc.

A efectos de perfilar esta institución “nueva” en nuestra cultura, nos parece importante referir, sistemáticamente, aun cuando sea en términos simples, y a partir del esquema básico del procedimiento de Mediación que utiliza la Escuela de Harvard¹², un concepto de la misma, para conocer su esencia, los objetivos que ella tiene según los distintos modelos posibles de negociación más conocidos y desarrollados hasta el momento; enumerar sus características definidoras esenciales cualquiera sean sus objetivos más específicos; exponer sintéticamente las etapas básicas del procedimiento de Mediación; para finalmente, reflexionar acerca de su posible aplicación como medio de resolución de conflictos en el área jurídica.

¹¹ En el proyecto se contemplan tres situaciones con relación al grado de obligatoriedad que reviste la Mediación:

- a) *Mediación obligatoria y previa al procedimiento judicial* para los asuntos de alimentos, tuición y visitas, con la sola excepción de que las partes acrediten haber asistido anteriormente a Mediación. Esta alternativa prácticamente se constituye en un requisito para demandar y operará antes de presentar la demanda mediante el envío del futuro demandante a un mediador designado por el tribunal; en estos casos, de no alcanzarse el acuerdo ante el órgano mediador, se dará curso a la vía judicial quedando el demandado habilitado para presentar la demanda.
- b) *Materias respecto de las cuales no procede la Mediación*: Infracciones juveniles a la ley penal, adopciones, asuntos voluntarios, nulidades de matrimonio y divorcios, maltratos de menores e incapaces y acciones de estado civil.
- c) *Mediación voluntaria*, en las demás materias de competencia de los Tribunales de Familia.

¹² Fischer, Roger; Ury, William con Patton, Bruce: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. (trad. Eloísa Vasco Montoya). Buenos Aires, Norma, 1991; Ury, William: *¡Supere el NO! Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*. (trad. Adriana de Hassan) Buenos Aires, Norma, 1996(6°).

III. CONCEPTO Y ESENCIA DE LA MEDIACIÓN

Pues bien, podemos conceptualizar la Mediación como un *procedimiento alternativo de resolución de conflictos, autocompositivo y no adversarial en el cual un tercero neutral carente de poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma colaborativa y confidencial encuentren una solución a su conflicto satisfactoria para ambas*. O bien, dicho de otra manera, la Mediación es un proceso de negociación de tipo colaborativo entre personas que mantienen una diferencia, facilitada por la intervención de un intermediario, quien recibe el nombre de Mediador y es el encargado de guiar a las partes durante el proceso de negociación, escuchándolas y ayudándolas a alcanzar un acuerdo exitoso para todas ellas.

En este procedimiento, la tarea o rol del mediador es muy clara; él ha de inducir a las partes a que realicen cuatro tareas fundamentales, bases del sistema. Tales tareas son:

Primero, identificar específicamente los puntos de la controversia. Esto es, “limpiar”, “despejar” los términos concretos y precisos del conflicto, de la historia de éste, de las emociones que genera, etc.

Segundo, acomodar cada parte sus intereses a los de la contraria, poniéndose cada uno en el lugar del otro para comprender que, al igual que lo haría uno, si la otra parte no vislumbra la satisfacción de sus intereses, no va a colaborar para que uno también logre su satisfacción.

Tercero, explorar juntos fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa, de modo que todos puedan resultar satisfechos.

Cuarto, tener del conflicto una visión productiva para ambos.

Así definida la Mediación resulta evidente que es de la esencia de la misma que frente a un conflicto o ante una creencia de conflicto, los cuales obviamente producen un bloqueo de las comunicaciones entre las personas involucradas y, por lo mismo, produce una permanencia en el conflicto y con ello un estado permanente también de insatisfacción, frustración, dolor, rabia, etc., se plantea un camino, una opción de solución no adversarial entre las personas conflictuadas, opción que permitirá el restablecimiento de la comunicación entre ellas a través de un proceso de negociación colaborativa, como el camino apropiado para lograr un acuerdo negociado, satisfactorio para todas las partes.

Su esencia se centra, entonces, en cinco aspectos fundamentales, a saber:

Primero, en una noción amplia de conflicto, o en una creencia o sentimiento de conflicto.

Segundo, en la idea central de que el conflicto bloquea la comunicación entre las partes involucradas y, por ende, lo primero necesario es restablecer el diálogo entre ellas.

Tercero, se funda también en el reconocimiento de que la permanencia en el conflicto genera una serie de alteraciones personales, psicológicas y una serie de sentimientos fuertes, generalmente negativos, que no pueden ser obviados sino deben ser trabajados, para hacer posible el paso de la confrontación a la colaboración. De modo que el conflicto no sólo es una cuestión de bienes e intereses, sino también de sentimientos que han de ser trabajados.

Cuarto, se asienta como medio estratégico central en el camino de la colaboración entre todos los involucrados en el conflicto, a través de un proceso de

negociación –colaborativa y no competitiva- de sus intereses, como el único posible para lograr la más alta satisfacción de los intereses de todos los involucrados.

Quinto, la Mediación se funda, además, y también de un modo central, en el principio ético de la autonomía personal. Esto es, en el reconocimiento de que quienes mejor conocen la complejidad de su conflicto mejor pueden definir sus intereses y, por lo mismo, de manera más satisfactoria pueden plantear soluciones efectivas, son los propios involucrados en el conflicto. Se trabaja sobre la idea de que ese es el potencial, el de la fuerza y creatividad personal, el que puede poner cada persona para construirse un mejor estado, un mejor futuro, en tanto se estimula y desarrolla la capacidad individual de autogestión de sus conflictos.

IV. OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN

En términos generales, y de acuerdo al modelo tradicional de Mediación desarrollado por la Escuela de Harvard, dos son los objetivos centrales que se persigue conseguir con la implantación de este sistema como forma alternativa de resolución de conflictos que como es lógico devienen de su propia esencia anteriormente reseñada.

El primer objetivo central de la Mediación es lograr el restablecimiento de la comunicación entre las personas conflictuadas, con el fin de promover una interacción colaborativa entre ellos que permita alcanzar acuerdos de solución de sus conflictos que sean satisfactorios para todas las partes.

El segundo objetivo, y como consecuencia de lo anterior, es aportar revalorización y más aceptación o reconocimiento interpersonal, esto es, del ser del otro y de sus particulares cosmovisiones e intereses. Basado en el respeto por el otro, su forma de ser, sus intereses y cosmovisiones particulares, y esperando para uno ese mismo respeto, la Mediación pretende revalorizar el reconocimiento del otro y la tolerancia frente a la diferencia como base cultural para una actitud colaborativa frente a los conflictos.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario saber que el modelo de Mediación desarrollado por la Escuela de Harvard, que es el que se levanta como tradicional en la materia, no es el único existente y que, conforme a cual sea el modelo de Mediación que se defina y proyecte por los sectores interesados en su instauración, surgen y se plantean otros objetivos más allá de los dos genéricos a los cuales anteriormente hicimos referencia, los cuales buscan conseguir otros efectos distintos o más específicos que el restablecimiento comunicacional en pro de acuerdos satisfactorios para todos los involucrados y que el aporte de revalorización y reconocimiento personal que ello envuelve.

En efecto, además del modelo tradicional de Mediación instituido por la Escuela de Harvard, existen, a lo menos, otros tres modelos de desarrollo de la Mediación, a saber: el Modelo Transformativo, el Modelo Circular y el Esquema Analítico.

1. *El Modelo de Mediación Transformativo*, de creación de los autores Busch y Folberg¹³ tiene por objeto específico el modificar la relación entre las partes, la

¹³ Jay Folberg es Doctor en Derecho y Profesor en el área en la Lewis and Clark Law School y adjunto del personal docente del departamento de Siquiatría de la Escuela de Medicina de la Oregon Health Sciences University.

transformación de los términos de la misma desde el esquema decaído y débil que ha dado origen al conflicto, a un esquema de relación mejorado y más fortalecido.

En este modelo de Mediación, por tanto, no se trabaja sólo con la comunicación entre los sujetos conflictuados, que se halla interrumpida y debe ser restablecida (modelo Harvard) sino que se trabaja, también, con la relación existente entre los sujetos, la cual se halla desmejorada y débil, precisamente para mejorarla y robustecerla, no centrándose en la resolución del conflicto, la que se entenderá luego se realiza por los propios afectados que han cambiado su forma de relacionarse. Trabajan fundamentalmente con técnicas y prácticas comunicativas que tienden a los dos ejes u objetivos centrales de este modelo, a saber: El “empowerment” o el “empoderamiento” que cada persona debe hacer de sí y sus conflictos, y la “recognition” o “reconocimiento” que ha de haber de uno y del otro como persona.

2. *El modelo de Mediación Circular*, de autoría de la autora Sara Cobb tiene como objetivo específico trabajar tanto con la comunicación como con la relación, en términos de no sólo restablecer la comunicación, sino que fomentar la reflexión en torno a las formas, tiempos, calidad, submensajes, trancas, etc., existentes en el sistema de comunicación de los sujetos conflictuados, y ello como el elemento central para conseguir a través de ese estudio y trabajo comunicacional una transformación de la historia que traen las partes a la sesión, y, por lo mismo, una mejora de la relación existente y un acuerdo, fundamentalmente trabajando con “técnicas de comunicación circular y de preguntas circulares” que tienen por objeto que cada una de las personas en conflicto se “ponga” en el lugar del otro y, de esa manera puedan visualizar el conflicto que les aqueja desde esa “otra” perspectiva.

Este modelo trabaja con conceptos claves, como los de “causalidad circular” para establecer que nunca hay una causa única que produzca un determinado resultado; de “comunicación digital” en el sentido de hacer ver los contenidos que transmitimos a los otros a través del lenguaje verbal; y de “comunicación oral analógica” en términos de patentizar la calificación del contenido, analizando posiciones corporales, gestuales, tonos de voz, etc.

3. *El Modelo de Medición Analítica* de Raifa tiene como objetivo específico, y tal como su nombre lo indica, el análisis por parte del mediador, y no la mera escucha, de los que las partes conflictuadas dicen o expresan durante el proceso, como forma de comprender lo más profundo que subyace en sus dichos, esto es, los quereres, frustraciones, temores, traumas, etc., que se ocultan bajo sus respuestas. De modo tal que el mediador pueda comprender con mayor profundidad las posiciones e intereses de las partes, y a partir de ese trasfondo más oculto poder trabajar en el entendimiento del uno por el otro, o bien, en la comprensión propia de cada parte de los motivos y razones más profundas de sus respuestas, motivando con ello un autocuestionamiento, que pudiese resultar flexibilizador. Se realiza, entonces, un análisis psicológico del conflicto y de las partes involucradas en él. Y la finalidad es analizar los aspectos indicados y no lograr un acuerdo.

Pues bien, presentados los que son los cuatro modelos fundamentales de Mediación existentes, y a partir de allí, definidos los objetivos específicos de cada uno de ellos, obvio resulta constatar que según cuál sea el ámbito de conflictos que nos interese abordar, cuál sea su complejidad y sus efectos más relevante: jurídicos, económicos, sociales, emocionales o psicológicos, así como la integralidad y nivel de profundidad de la solución que nos interese alcanzar, cual será, también, el modelo de Mediación que sea conveniente implementar y desarrollar.

Sin perjuicio de que la implementación de cualquiera de ellos implica el logro de los dos objetivos genéricos propios de la Mediación tradicional, esto es, restablecimiento comunicacional y revalorización y reconocimiento personal, la utilización de un modelo Transformativo, Circular o Analítico, dependerá de cuál sea el objetivo específico que queramos alcanzar con la práctica del proceso de Mediación. Si lo que queremos es, por ejemplo, trabajar las relaciones familiares, o bien, las relaciones laborales dentro de una organización, el modelo Transformativo o el Circular pueden resultar altamente beneficiosos. Si lo que, en cambio, nos preocupa es producir autoconocimiento personal como una herramienta de mayor satisfacción subjetiva, menos conflictividad social, y a la larga mayor paz social, el modelo analítico puede resultar significativamente valioso. Ello no obsta, sin embargo, a la coexistencia de multiplicidad de sistemas de Mediación según el proyecto específico social que se quiera servir, por ejemplo modelo Harvard para Mediación de conflictos jurídicos anexa a tribunales; modelo Transformativo para el tratamiento de disputas en relaciones al interior de la familia o vecinales; modelo Circular para el diseño de estrategias de trabajo del conflicto al interior de las organizaciones (empresas privadas, servicios públicos, etc.).

V. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

Cualquiera sea el modelo de Mediación que nos interese seguir e implementar, en términos generales, todo proceso de Mediación se caracteriza por ser una forma no adversarial o negociada de resolución de disputas que tiene las siguientes características:

Primero, es autocompositiva, en el sentido de que son los propios sujetos los que, ayudados por un tercero imparcial, sin poder decisorio, los que autogestionan o trabajan en la solución de su problema, y diseñan su propio acuerdo resolutorio.

Segundo, es colaborativa. Ello significa que requiere que la actitud de las partes que participan en ella no sea confrontacional, requiere que no se conciba al otro como un enemigo o adversario en la lucha por conseguir “algo” que uno pierde, si el otro lo gana, sino que precisa que se entienda al otro como una persona que comparte con uno un problema común y que, por lo tanto, es “socio” o “colaborador” de uno en la búsqueda de la solución que ambos requieren. De modo tal que si el uno no se enfrenta al otro para “ganarle”, sino que colabora con él en una solución que todos requieren, el otro también lo hará así, y el beneficio o la ganancia será para todos.

Tercero, es confidencial. Esto es, nada de lo que durante el proceso de Mediación se viva o se diga será divulgado ni a las propias partes si ellas no lo autorizan expresamente, ni a terceros. Existiendo un compromiso formal del mediador con las partes, y de éstas entre sí, en tal sentido al inicio del proceso.

Cuarto, la Mediación pone acento en el futuro. Es decir, estimula a las partes a dejar atrás la historia del conflicto con toda la carga emotiva que ella trae consigo, estimulándolas, por tanto, a poner todo su esfuerzo y concentración –ya no en lo que pasó– sino en lo que pueden vivir a futuro si ellos trabajan en la solución de su conflicto

Quinto, es rápida y económica en relación con la solución jurisdiccional, toda

vez que tiene una estructura breve y sencilla, conformada por etapas de trabajo que no son rígidas, en el sentido de que deban cumplirse rigurosa y necesariamente, sino que dura sólo el número de sesiones o reuniones que las partes requieran para ponerse de acuerdo. De este modo, resulta que a mayor esfuerzo colaborativo de las partes, más rápida es la solución.

Sexto, es estructurada, en tanto posee una organización basada en sesiones o reuniones, de distinto tipo y con distintos objetivos, que los mediadores deben utilizar para realizar en ella su trabajo, pero a la vez es un proceso flexible, tanto en la aplicación o no aplicación, como en el orden de sucesión de sus diversas etapas.

VI. ESTRUCTURA DE LA MEDIACION

Como dijimos al caracterizarla, la Mediación es un proceso flexible en el seguimiento y orden de su estructura básica. Lo que aquí interesa es establecer cuál es esa estructura básica simple y flexible.

Tal estructura procedimental está representada por la estructura central de las llamadas “sesiones” o reuniones del mediador y las partes. Ellas pueden ser “conjuntas”, cuando son realizadas por el mediador con ambas o todas las partes involucradas en el conflicto; o bien, pueden ser “privadas”, cuando el mediador –en los casos técnicamente aconsejables– se reúne con cada parte individualmente. Las primeras tienen una duración aproximada de una hora y media o dos horas, promedio. La duración de las segundas es relativa.

Si quisiéramos ordenar estas sesiones en el orden en el que generalmente se desarrollan, la estructura de la Mediación aparece organizada fundamentalmente del modo siguiente:

- Primero, la sesión conjunta inicial,
- Segundo, las sesiones privadas (optativas),
- Tercero, las sesiones conjuntas intermedias,
- Cuarto, la sesión conjunta final.

1. *La sesión conjunta inicial:*

Con ella se inicia el proceso de Mediación y durante el transcurso de la misma se realizan las siguientes actividades concretas:

En primer lugar, la presentación del mediador y la identificación y presentación de los participantes entre sí.

En segundo lugar, la información por parte del mediador a las partes, a través de lo que se conoce como “el discurso de mediador”, sobre las características y el procedimiento propio de la Mediación, esto es, su carácter autocompositivo, colaborativo, confidencial, su acento en el futuro y el procedimiento de trabajo en sesiones conjuntas o privadas.

En tercer lugar, la firma del acuerdo formal de participación y de confidencialidad por parte del mediador y las partes.

En cuarto lugar la presentación de las posiciones por parte de cada uno de los partícipes del conflicto.

En quinto lugar, la síntesis de las posiciones planteadas por las partes que hace el mediador a través de la técnica llamada “parafraseo”.

2. Las sesiones privadas:

Son una parte de la estructura de la Mediación, opcional, es decir, que de acuerdo a la estimación del mediador pueden desarrollarse o no.

La regla general es que ellas se convoquen por el mediador. Las sesiones privadas se convocan como ESCAPE, esto es, para:

Primero, Explorar intereses y opciones de las partes, que no estén dispuestas, aún, a plantear ante el otro.

Segundo ante Señales de alarma. Esto es, por existir situaciones que den al mediador una “señal de alarma” que es necesario trabajar en privado, por ejemplo por existir demasiado descontrol emocional de una parte, o excesivo silencio de otra, o negativa evidente de una parte a expresar algunas cosas o introducirse en ciertos temas, etc.

Tercero, para Confirmar información, evitando supuestos malos entendidos. Oportunidad del mediador para aclarar o confirmar informaciones que no se dilucidan del todo frente al otro.

Cuarto, para ejercer el rol de Agente de la realidad. Esto es, para que el mediador realice su labor llamada “agente de la realidad” o “abogado del diablo”, que consiste en confrontar a cada parte con sus posiciones y los intereses manifestados, en suma, con sus “quereres” frente a lo que la “realidad” efectivamente les permite; asegurándose el profesional, el mediador, que para hacer esa confrontación, la persona tenga toda la información necesaria, por ejemplo, legal, económica, financiera, social, etc. y proceda, en seguida, a confrontar sus quereres con estos filtros objetivos.

Quinto, como Pausa que necesita el Mediador o las partes por estancamiento en la comunicación, o evasión de una o ambas partes.

Sexto, para Evaluar las posibles opciones, cotejándolas con criterios objetivos y subjetivos.

Las sesiones privadas se caracterizan por:

a) La confidencialidad de la sesión.

b) Porque en ellas se trabaja la detección de:

- Ciertos intereses que pueden encontrarse velados.
- El alivio de la carga emotiva de una o algunas partes.
- Se conoce el MAAN o una Mejor Alternativa al acuerdo negociado que cada parte puede tener, con el objeto de manejar también esa información en el proceso de negociación.
- Se plantean opciones de solución de conflicto.
- Se hace contraste de ellos con criterios objetivos.

c) Se caracteriza también porque en ellas es la ocasión en que el mediador debe desempeñar su rol de abogado del diablo o agente de la realidad.

d) Y porque a partir de allí puede trabajarse el surgimiento de propuestas que, posiblemente, una parte puede estar vislumbrando plantear a la otra, sin todavía comprometerse frente a ésta.

3. La reanudación de la sesión conjunta inicial o las sesiones conjuntas intermedias:

Concluidas las sesiones privadas, se reanuda la sesión conjunta inicial, o si aquellas no se han realizado, concluida la sesión inicial, se prosigue con otras sesiones conjuntas que aquí llamamos intermedias. En cualquiera de estos dos casos,

estas instancias existen para que en ellas se efectúen cinco tareas básicas, ya realizadas a veces en privado y ahora en conjunto; o bien, por primera vez a realizarse. Tales tareas son:

- a) La discusión de intereses.
- b) La generación de opciones.
- c) La aplicación de filtros, objetivos y subjetivos a las opciones generadas, optando después de ello, por las más satisfactorias para todos.
- d) La selección de las mejores opciones, hecha la aplicación de los filtros y a partir de allí.
- e) La elaboración de la propuesta de acuerdo.

4. *La sesión conjunta final:*

Es aquella parte de la estructura de la Mediación en la que:

- a) En relación con el Acuerdo: se hace su redacción y revisión,
- b) El mediador se asegura que este acuerdo produce satisfacción de todas las partes, leyendo y repasando sus términos con todas las partes, e
- c) Invita a las partes a tener y mantener su vista hacia el futuro.

VII. EL ROL DEL MEDIADOR

En el desarrollo de las diferentes etapas de la Mediación, el mediador tiene siempre un rol activo que ha de traducirse en desarrollo permanente de, a lo menos, seis tareas básicas, a saber:

Primero, aliviar la carga emocional que traen las partes.

Segundo, estimular la salida de posiciones rígidas.

Tercero, mostrar lo manifiesto del conflicto e incentivar a las partes a percibir lo que hay más allá de ello.

Cuarto, invitar a las partes a cambiar de roles: de adversarios a socios interesados en la solución de un problema común.

Quinto, facilitar el paso de la discusión dialéctica al pensamiento creativo-alternativo.

Sexto, resguardar siempre el equilibrio de poderes entre las partes, en el proceso negociador.

VII. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS

A. VENTAJAS

Después de todo lo establecido acerca de lo que es la Mediación, cuáles son sus características y procedimiento, es evidente que son ventajas de este proceso, frente a la solución jurisdiccional, las siguientes:

Primero, es un proceso educativo que contribuye a la paz social en tanto, por medio de él las personas aprenden a autogestionar sus conflictos, en un clima colaborativo y renuncian a la solución enfrentada o adversarial, surgida por obra de un tercero.

Segundo, favorece al ejercicio igualitario de los derechos, pues ante la mesa de Mediación todas las partes son iguales, y es papel central del mediador reguardar siempre el equilibrio de poderes en el proceso negociador, debiendo incluso suspender o cancelar definitivamente un proceso cuando el ejercicio igualitario de los derechos se ve irremediamente afectado por una sumisión autoritaria de una parte a la otra, por un miedo inhabilitante, u otra circunstancia que desequilibre de un modo irremediable la capacidad negociadora de una parte frente a la otra.

Tercero, fortalece la autoestima y validación social de los participantes que se hallen ubicados en un estado social de marginalidad, por las mismas razones expresadas en los puntos primero y segundo.

Cuarto, permite un abordaje integral del conflicto.

Quinto, es breve, porque tiene una estructura procedimental sencilla.

Sexto, es flexible. Tanto porque el procedimiento que le es propio consta de etapas que no son de aplicación preclusivas ni absolutamente necesarias, como porque admite ser implementada en distintas modalidades, a saber: públicas y/o privadas, pagadas y/o gratuitas.

Séptimo, aporta celeridad en la resolución del conflicto, pues la Mediación toma sólo el tiempo necesario para alcanzar un acuerdo satisfactorio, sin tener que cumplir etapas procedimentales rígidas. Sólo dura las sesiones que las partes requieran para alcanzar su propio acuerdo.

En octavo lugar, tiene costos significativamente más reducidos, de tiempo y dinero, que los requeridos en un juicio o en otro procedimiento contencioso. Así como menores costos de tipo síquico o emocional de parte de los involucrados, en virtud del clima colaborativo y de respeto mutuo en el que se trabaja.

En noveno lugar, ofrece confidencialidad de todo lo tratado durante el proceso.

En décimo lugar, permite a las partes preservar sus relaciones .

Y, finalmente, constituye otra ventaja importante de la Mediación la potenciación de la participación activa y directa de las partes en la identificación de sus diferencias y en la búsqueda de soluciones. Es decir, el fortalecimiento que ella produce de la autonomía individual, la autogestión de los propios conflictos y la autonomía decisional.

B. DESVENTAJAS Y OBSTÁCULOS

No obstante todas las ventajas antes mencionadas, no es menos cierto que la Mediación presenta una serie de desventajas y obstáculos que pueden afectar su efectiva y eficiente implementación en Chile como una forma de solución colaborativa de los conflictos interpersonales. A saber:

En primer lugar, la Mediación requiere de la legitimación cultural de los principios éticos básicos en que se funda, de modo que ellos inciten a los sujetos sociales a su adhesión voluntaria y al cumplimiento de los acuerdos.

En segundo lugar, la Mediación necesita potenciación desde los propios seres conflictuados (usuarios) para que sea internalizada por las personas como alternativa real, eficiente y prestigiada de resolución.

En tercer lugar, este nuevo proceso de resolución colaborativa de conflictos involucra el riesgo de ser entendida como una panacea, esto es, como remedio o solución para cualquier tipo de conflicto, no siendo útil, sin embargo, de acuerdo a

sus principios éticos fundantes, en aquellas situaciones en las que existe un desbalance exagerado de poder entre las partes, que no es posible que sea equilibrado por el mediador.

En cuarto lugar, la Mediación implica el riesgo de transformarse en un espacio de abdicación por parte de aquellos grupos sociales culturalmente más acertivos y abiertos a la cultura cooperativa, por ejemplo, los pobres y las mujeres.

En quinto lugar, la potenciación de este sistema, importa un riesgo de masificación de mediadores sin preparación técnica y ética adecuada ni debidamente fiscalizados en el desempeño de sus funciones.

En sexto y último lugar, la Mediación padece, hasta hoy en Chile, de la falta de un marco legal que asegure la calidad técnica y ética de los mediadores, así como los espacios y formas adecuadas para su ejercicio.

En efecto, el único documento que se conoce hasta el momento es un “Anteproyecto de la Ley que Crea el Sistema Nacional de Mediación en Materia de Familia y Establece las Normas Básicas de Funcionamiento”, el cual, al menos en el borrador existente al 14 de agosto de 1997, versión A-1, dista mucho de constituir un marco legal que asegure la calidad técnica y ética de los mediadores y la eficacia del sistema de Mediación en general. Si bien el mismo contiene normas relativas a un “Comité de Ética”, en el Título I, que es más bien organizacional del Sistema Nacional, así como un Título II “De los Mediadores”, un Párrafo I “Sobre Formación”, un Párrafo II “Registro Especial de Mediadores y Requisitos Para Ser Mediador Habilitado”, un Párrafo III “De las Obligaciones y Prohibiciones a que están Sujetos los Mediadores”, y, un Párrafo IV “De las Sanciones”, el desarrollo de estas normas corresponde hacerse por vía reglamentaria y por una autoridad administrativa, y en esa instancia es donde se pondrá en juego la verdadera adecuación y eficacia de este marco legal.

La lectura de las normas referidas ilustran mejor la inquietud antes descrita, en particular, el artículo catorce, relativo al Comité de Ética, en el cual, por ejemplo, *no se define qué es una falta ética en el trabajo de un mediador*. En lo relativo a la formación de mediadores, los cursos que habilitan a ser profesionales del área, así como las condiciones de los locales de Mediación, también serán objeto de regulación reglamentaria. En el artículo 32 N°1 no se establece, tampoco, a nivel legislativo, cuáles serían las “causas justificadas” para negarse a atender un caso. Finalmente, en el artículo 34 N°1 se señala que constituye infracción al debido comportamiento de los mediadores “la no observancia de las normas éticas de los mediadores” y, *¿cuáles son éstas?* A mayor abundamiento, en el N°3 del artículo 34, se señala que también es infracción sancionable “el incumplimiento de sus obligaciones en relación a los procedimientos de Mediación” y, *¿quién y cómo se va a fiscalizar que durante cada procedimiento de mediación el mediador efectivamente cumpla con los procedimientos?* Duda que se acrecienta aún más si pensamos que la opción legislativa no es preferencial de Centros de Mediación, sino que indiferente al ejercicio individual u organizado del trabajo de Mediación.

IX. POSIBLE APLICACIÓN EN EL CAMPO JURÍDICO JUDICIAL

De acuerdo con la caracterización y descripción hechas, y no obstante ante el vacío legal y la incertidumbre existente respecto a cual sea el fondo y la forma del Sistema de Mediación que, en definitiva, se instaure en Chile, la Mediación aparece como un método muy adecuado para la solución de conflictos jurídicos de un modo alternativo a la solución judicial en las siguientes situaciones e hipótesis genéricas:

Primero, si lo que los sujetos conflictuados buscan es un acuerdo negociado.

Segundo, si para las partes en conflicto no existe la necesidad de sentar un precedente legal o, en general, de obtener una publicidad ejemplarizadora.

Tercero, si las partes en disputa buscan un proceso confidencial para resolverla.

Cuarto, si las actitudes emocionales de una o más de las partes impiden una comunicación adecuada.

Quinto, si existe preocupación en cuanto al tiempo y dinero que se invertirá en la solución de la disputa.

Sexto, si las personas en disputa desean o necesitan mantener sus relaciones personales, familiares, profesionales, comerciales en el futuro.

Ahora bien, en virtud de la naturaleza de las cosas que se hallan en disputa es posible la aplicación del sistema de Mediación en el campo jurídico, al menos, en las siguientes materias:

En primer lugar, en materias civiles en sentido amplio, ella es aplicable en:

- a) conflictos comerciales, nacionales o internacionales,
- b) conflictos familiares,
- c) conflictos organizacionales, sean unidades públicas o privadas,
- d) en contenciosos comunitarios o también llamados “contenciosos de masas”, vecinales o cotidianos.

En segundo lugar en materias penales, su aplicación es posible:

En virtud del principio de autonomía individual, que es principio ético básico de la Mediación, en un proceso penal la Mediación es posible de aplicar, con participación del Ministerio Público (en el esquema del proyecto de reforma procesal penal próxima a aplicarse en el país), en delitos de baja entidad en los cuales se permiten acuerdos pecuniarios entre víctimas y victimarios, esto es, en la generación de los llamados “acuerdos reparatorios”, a los cuales es posible arribar entre inculpados y víctimas “cuando el delito que se persiga recayere sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria, o cuando se tratare de delitos culposos que no hubieren producido resultado de muerte ni afectaren en forma permanente y grave la integridad física de las personas”, de acuerdo con lo que establece el artículo 315 del Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, según Boletín del Congreso N°1630-07 del 21 de enero de 1998.

Si bien las anteriores son las áreas en que es posible la aplicación del sistema de Mediación, de hecho en Chile, actualmente, ella se aplica, por ejemplo, en las siguientes áreas, con mayor o menor difusión y/o éxito:

Primeramente, en el ámbito público:

- a) En el área municipal, concretamente en el programa de protección a la infancia implementado por la Ilustre Municipalidad de la Florida y en el

Centro de Mediación de Valparaíso, que funciona con aportes de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso y bajo el auspicio de la Corporación de Asistencia Judicial de la V Región para atender los conflictos que presentan los usuarios de esta última.

- b) En el ámbito de las Corporaciones de Asistencia Judicial, concretamente en el Centro de Mediación de Santiago, parte integrante de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana y en el Centro de Mediación de Valparaíso, servicio anexo de la Corporación de Asistencia Judicial de la V Región.
- c) En el ámbito de la administración central, concretamente en el Proyecto de Mediación anexa a Tribunales, implementado por el Ministerio de Justicia en conexión con algunos tribunales de menores de Santiago y Valparaíso, y al que próximamente se integrarán los dos Tribunales de Menores de Viña del Mar, en el cual se monitorea la aplicación de la Mediación como parte integrante del proceso jurisdiccional, tal y como viene concebida en el nuevo proyecto de ley que instaurará los de Tribunales de Familia.

En segundo lugar, en el ámbito privado:

- a) En el área comercial, concretamente en el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago perteneciente a la Cámara de Comercio de la misma ciudad y en el Centro de Arbitraje y Mediación de Valparaíso, de reciente creación de Cámara de Comercio Regional.
- b) En el ámbito familiar, concretamente en el Centro de Mediación Familiar de la Universidad Blas Cañas, en el que se utiliza la Mediación como alternativa al proceso; y en el seno de la Fundación de la Familia.

Planteadas las situaciones o hipótesis en las cuales es adecuado el uso de la Mediación, así como las materias en las que -mínimamente- su aplicación es posible, proyectada y real hoy en Chile, resulta necesario señalar que por otro lado existen materias en las cuales, en general, los estudiosos del tema plantean la no procedencia de las formas de resolución alternativas de disputa y, por ende, tampoco señalan como procedente la aplicación de la Mediación. Si bien algunas de estas materias resultan cuestionables, y la inaplicabilidad de este sistema alternativo, por lo mismo, tampoco resulta tan clara, se plantean dos grandes razones o criterios genéricos que harían improcedentes estas formas alternativas. Tales razones generales son:

En primer lugar, las razones de “orden público”, en tanto ellas implicarían un cierto orden de valores, que no se aceptan ni entienden como negociables. Por razones de este tipo no sería procedente la aplicación de la Mediación en materias penales propiamente tales, en los cuales los bienes jurídicos afectados no sean del tipo de los que se contemplan, por ejemplo, en los antes mencionados acuerdos reparatorios, así como tampoco lo sería en materias familiares relativas a la titularidad, contenido y ejercicio de la patria potestad, o la concesión o no de una adopción plena.

En segundo lugar, las razones de desequilibrio inhabilitante de poder entre las partes sería otra razón genérica que la haría improcedente. En virtud de este criterio general algunas personas se cuestionan la procedencia de este sistema en materias laborales y, por sobre todo, de violencia intrafamiliar.

Todas estas argumentaciones, como es obvio, se esgrimen en virtud de la idea de que en esas áreas o temáticas se requeriría de una solución impuesta por tratarse de

intereses no negociables y de desequilibrios de poder inhabilitantes entre las partes.
El tema es, sin embargo, discutible, y lo dejo abierto al debate.

X. CONDICIONES ESENCIALES PARA LA APLICACIÓN ADECUADA DE LA MEDIACIÓN EN CHILE

Quiero cerrar este trabajo señalando las que me parecen son condiciones esenciales, imprescindibles para una posible y adecuada aplicación de la Mediación como forma alternativa de resolución de disputas.

Tales condiciones son, a mi juicio, de cuatro tipos diferentes, a saber:

En primer lugar, *condiciones culturales*.

En este punto, la Mediación requiere, para su aplicación eficiente en Chile:

Primero, la permeación social y el desarrollo de “la cultura del acuerdo”, y el desecho de la “cultura controversial”.

Segundo, un trato “cuidadoso” de las relaciones personales en lo que respecta a los estilos de comportamiento posibles.¹⁴

En segundo lugar, *condiciones humanas*.

Específicamente en lo que se refiere a los recursos humanos, la Mediación exige:

Primero, la existencia de profesionales especializados, técnicamente preparados en las etapas, procedimientos, técnicas y destrezas propias del área .

Segundo, el desarrollo pleno por parte de estos profesionales especializados de ciertas habilidades y destrezas en las relaciones profesionales-personales, a saber: el atender o escucha activa, la empatía y la concreción.

Tercero, el desarrollo de una conducta ética en el desempeño de sus funciones, de acuerdo a los principios éticos que rigen el instituto de la Mediación.¹⁵

En Tercer lugar, *condiciones-político jurídicas*.

La implementación del sistema de Mediación exige en este ámbito claramente:

Primero, un objetivo de bienestar en la política de administración de justicia, definido como lo fue en este trabajo.¹⁶

Segundo, para algunos autores es, también, requisito de esta naturaleza la obligatoriedad de las partes de participar en el sistema; la misma, sin embargo, es una condición que me genera dudas, porque, por un lado, ayudaría a impulsar la experimentación del cambio cultural, pero, por otro lado, riñe la condición de participación obligatoria, con el principio de autonomía indivi-

¹⁴ Los estilos de comportamiento posibles son los siguientes –AEIOU–. Es decir, Atacar, Evadir, Informar, Open – abrir, Unir.

El cuidado en ello, implica, obviamente, ni atacar ni evadir sino que siempre informar, unir y abrir.

¹⁵ Respecto a este punto, y habida una falencia en el Anteproyecto de la ley sobre Sistema de Mediación, en torno a establecer cuáles son las conductas éticas propias de un Mediador, elaboré una reflexión sobre el punto titulada “Propuestas éticas acerca del ejercicio de la Mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos”, que aparece publicado en esta misma revista.

¹⁶ Véase punto primero en este mismo trabajo.

dual, en el cual se funda todo el sistema. No es menos cierto, sin embargo, que la autonomía queda a salvo si pensamos que las partes obligadas legalmente a iniciar un proceso de Mediación, pueden decidir abandonar este procedimiento en cualquier momento de desarrollo del mismo. Ya dijimos que al respecto el Proyecto de Ley sobre Tribunales de Familia establece un sistema de obligatoriedad tratándose de unas materias y un sistema opcional en otros casos.¹⁷

En cuarto lugar, *condiciones materiales*.

Son condiciones de este tipo imprescindibles para la aplicación eficiente y exitosa de la Mediación en Chile, las siguientes:

Primero, un acceso amplio y diverso al sistema, en el sentido de tener tanto instituciones públicas como privadas prestadoras del servicio.

Segundo, la gratuidad del servicio para quien lo requiere, en virtud de su situación socioeconómica.

Tercero, la existencia de locales adecuados para el desarrollo de estos procesos.

Cuarto, tiempos mínimos y especialmente asignados para el trabajo en Mediación.

De la lectura de las condiciones que considero esenciales para la aplicación eficiente y exitosa de la Mediación en Chile, en las áreas de conflictos en las cuales ella sea útil y aconsejable, condiciones que concibo como esenciales a partir de mi propia experiencia práctica como mediadora durante tres años en el Centro de Mediación de Valparaíso, patrocinado por la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, así como mediadora partícipe del proyecto piloto de Mediación anexa a tribunales, resulta evidente que son muchos los desafíos que se tienen por delante para hacer de la Mediación una real alternativa de solución social eficiente de las disputas en nuestro país y, lo que es más importante aún, una aplicación o vigencia efectiva de dos derechos fundamentales de todo ciudadano en una sociedad democrática, a saber: el derecho fundamental a la tutela efectiva de sus derechos y el derecho esencial a su libre determinación.

El esfuerzo central para la vigencia efectiva del derecho a la tutela efectiva le corresponde al Estado, implementando una política de ampliación de las alternativas de solución de las disputas y poniéndolas a disposición de los ciudadanos. El ejercicio efectivo del derecho a la libre determinación es de responsabilidad individual de cada uno de nosotros, máxime si el Estado cumple con su deber de ampliar el acceso a la justicia.

En algo parecido debió estar pensando Enrique Mariscal cuando en Capilla del Monte escribió la siguiente “Carta a los futuros mediadores”:

“Queridos amigos:

La decisión Creativa es el principio de la abundancia. La riqueza brota de la potenciación y el uso de todas las alternativas implicadas en el conflicto, tanto manifiestas como latentes.

La pobreza se instala en el achicamiento perceptivo; en la cristalización de posiciones encontradas; en la gestión rutinaria asegurada en antecedentes fijos, coherente pero inoperante. /.../

¹⁷ Al respecto véase cita (12).

El desarrollo de la mediación en Argentina dependerá de la calidad perceptiva de los futuros Mediadores, de su imaginación diligente y de su solvencia pacificadora.

Esta mentalidad abierta, capaz de generar una síntesis armoniosa de acción práctica, al resolver creativamente el conflicto social desde un nuevo horizonte de posibilidades afectivas, no puede confiarse mecánicamente a una sola profesión. La coacción implacable a la que están sometidos todos los procesos de ‘deformación’ impiden el surgimiento académico o colegiado de un espíritu transformador. La vieja práctica está comprometida más con el litigio que con la armonía; más con la enfermedad que con la salud; más con la carencia que con la plenitud.

Es necesario contar con el aporte creativo que pueden ofrecer las distintas actitudes profesionales, de todos aquellos que sienten como dolor propio las limitaciones deshumanizantes que asfixian el ejercicio rutinario en el que suele perderse la vida por ‘ganarse’ la vida /.../

Pero también la posibilidad de este nuevo servicio está protegido ampliamente por la energía vitalizante de quienes sienten la propia necesidad de explorar –honestamente y humildemente–, la riqueza inagotable que encierra el punto de armonía en el conflicto: la salida creativa de la cárcel del sufrimiento inútil.

La nueva gestión reclama el protagonismo esclarecido en la observación, el estudio, silencio y la meditación. De allí surgirá un nuevo lenguaje, la palabra creadora de la confianza y el sinceramiento. La abundancia en la que todos ganan. Una justicia construida por todos. El futuro comienza con lo que nos animamos a hacer hoy...”¹⁸

¹⁸ Mariscal, Enrique: “Carta a los futuros mediadores” en Libra. *Mediación en Argentina*. Año 1, N°2, verano de 1992, 46-47.