

MEDIACIÓN: MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Claudia López Pizarro

1. Cultura y conflictos sociales

Cuando hablamos de conflicto nos referimos al amplio espectro de disputas en que la interacción humana va, desde situaciones y cuestiones que se elaboran con cierta rapidez, casi sin "problema", hasta situaciones complejas que derivan en complicaciones, antagonismos, llegando a veces a estereotipias, rigideces o cristalizaciones, cuya posibilidad de resolución puede hasta requerir la consulta o intervención de terceros que aporten elementos o instrumentos eficaces para la superación de este.

El *conflicto* alude al motor vital del acontecer humano, tanto en el sentido de la adaptación activa como pasiva a la realidad, que apunta a la satisfacción de necesidades mediatas e inmediatas, por lo que son generadoras de tensión y desagrado.

Si pensáramos en un sentido más restringido acerca de la noción de *conflicto* se puede decir que "conflicto es un choque de creencias, valores, intereses y direcciones" (1). Sin embargo, un choque conflictivo no se produce solamente por diferencias de intereses, sino también porque estas diferencias son consideradas significativas, y para que sean consideradas de esta manera requiere de un consenso que es construido por instituciones y grupos, las que, bien son resultado de procesos sociales complejos.

El problema con el conflicto es quizás que alcanzamos a visualizarlo cuando no nos queda más "remedio" que reconocerlo como tal. Hemos aprendido poco a prevenir, a fortalecer y enriquecer nuestros potenciales para mejorarlos pues tendemos a creer que lo conflictivo parte sólo cuando no nos entendemos o nos entendemos mal con los otros.

Según Sara Cobb, citado en (2) los conflictos deben ser entendidos como un fenómeno discursivo, un proceso que involucra la interacción de historias, interacción que termina siendo rotulada como problemática por el sistema en el interior del cual estas historias son contadas u observadas. Dentro de este marco, para lograr acercarnos a entender el origen que tienen los conflictos dentro de las sociedades y la cultura, debemos tomar en cuenta algunos factores.

Primero, que la cultura se configura a partir de estructuras de significación que han sido socialmente aprobadas y establecidas, en virtud de las cuales los seres humanos orientamos nuestra vida cotidiana. Cultura se define entonces como el conjunto de ideas que emergen de una agrupación de personas relacionadas socialmente entre sí, y que son transmitidas a través de un aprendizaje de símbolos. Segundo, que esta noción de cultura no se encuentra disociada del poder. Y de ellas encontramos las culturas hegemónicas y las subalternas. Las primeras tienen que ver con las culturas que detentan poder y dominancia sobre el resto de la sociedad, sometiendo a las culturas subalternas, que son aquellas que no gozan de grados de poder al interior de la sociedad.

Tercero, que dentro de la dinámica cultural que las sociedades poseen, existen dos conceptos importantes a mencionar: Subcultura y Relativismo Cultural. El primero tiene que ver con las tradiciones asociadas con grupos de la misma sociedad compleja, pero basadas en diferentes símbolos culturales, por ejemplo la subcultura de la cárcel. El segundo se refiere a que los valores y patrones de las culturas pueden diferir y en esta diferencia merecen ser respetadas.

De modo que habiendo establecido que entenderemos la cultura como el conjunto de significaciones, costumbres y formas de vida de un pueblo o de personas en particular, y entendiendo el conflicto como un proceso de interposición de intereses, necesidades o valores que requieren ser satisfechos de manera mediata o inmediata, por la vía del consenso o el acuerdo, apoyado por herramientas de resolución propias o externas, podemos entonces comenzar a interiorizarnos en

las estrategias que las culturas han construido para superar aquellos conflictos generados por las diferencias antes descritas.

a) Tipos de Conflictos.

La base de los conflictos en general tiene dos orígenes comunes: el Conflicto de Intereses y Conflicto de Valores. Su diferencia opera a niveles teóricos o metodológicos, pues en la realidad estos se ven mezclados por las dinámicas relacionales humanas.

Conflictos de intereses:

Corresponde a aquellos conflictos sobre el deseo de obtener más o menos cantidad de un determinado bien entre personas o grupos pertenecientes a culturas similares o diferentes. En este tipo de conflictos los intereses no son completamente incompatibles, ya que ambas partes están de acuerdo en el valor de interés que disputan. La incompatibilidad estaría dada porque las ganancias de una parte pueden convertirse en las pérdidas de la otra (1).

Conflictos de valores:

Se trataría de un conflicto sobre la diferente valoración acerca de actitudes, hechos, normas, etc. que realizan personas o grupos sociales diferentes. En este tipo de conflictos la resolución parece presentarse imposible, ya que prevalecerá un valor o el otro. Dichos valores son constitutivos de una de las identidades culturales, mientras que desde el punto de vista del otro grupo o persona, éstos deberían ser erradicados (1).

Las creencias, principios y valores son muy difíciles de erradicar o alterar. A menudo las personas prefieren mantener una creencia antes de aceptar la evidencia de sus sentidos. El conflicto surge cuando un sistema de creencias afirma que los

valores que de ellas se desprende deben ser aplicados en todas partes y adopta como misión hacer que esto así ocurra.

b) Formas de conducción de los conflictos.

Es así como, independientemente de los rasgos culturales propios de cada sociedad, se puede decir que en general las sociedades occidentales se han provisto de mecanismos de resolución de conflictos, en principio, necesarios para garantizar una paz social indispensable para que los estratos sociales generadores de la actividad económica, pudieran realizar con tranquilidad sus prácticas sociales y comerciales. De modo que el consenso consistía, hasta hace algún tiempo, en el “acatamiento de los resultados de los litigios y de los contratos privados a que llegaban las partes” (1), como regla básica de convivencia, fueran cuales fueran los contenidos que integrasen el acto de resolución. Los consensos entonces, se lograban por vías legales formales. Es así como hasta el momento de la configuración del estado social actual, los conflictos privados o sociales, eran primordialmente conflicto de intereses. Mientras que los conflictos de valores eran un tanto secundarios, sumidos al procedimiento abstracto y ritual de las democracias occidentales de la época. La humanidad ha generado a lo largo y ancho de su historia, diferentes formas de conducción de conflictos.

En el extremo informal de las modalidades para la conducción de conflictos nos encontramos con las siguientes características, destacadas por José Toro que veremos a continuación (3).

CARACTERÍSTICAS DE UNA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INFORMAL

- a) Generalmente se dan entre familiares, grupos de amigos, grupos de trabajo, equipos deportivos, etc. O sea entre personas que tienen un

gran conocimiento entre sí y entre las que existen intensos lazos afectivos.

- b) No hay reglas establecidas para las formas de conducción de conflictos y generalmente éstas son idiosincrásicas de los contextos en los cuales se desarrollan.
- c) No hay terceros a quienes se involucre para ayudar en el proceso.
- d) No es onerosa.

Comúnmente, a esta forma de conducción de conflictos se le conoce con el nombre de **NEGOCIACIÓN**.

En el extremo formal de las modalidades para la conducción de conflictos encontramos otras características:

CARACTERÍSTICAS DE UNA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FORMALES

- a) Es una serie de organizaciones de complejidad creciente, que van desde los sumarios hasta el arbitraje y la judicación. Todo tipo de conflicto puede necesitar ser dirimido en estos ámbitos.
- b) Se caracterizan por un proceso bien definido, que ha dado lugar a una de las ramas del derecho que es el Derecho Procesal.
- c) Hay terceros que cumplen una función definida. Según los casos, la inclusión del tercero es a pedido de las partes (arbitraje, judicación). Lo característico de estos procesos es que las decisiones tomadas por este tercero son vinculantes, es decir, absolutamente obligatorias para las partes.
- d) Es onerosa.

Comúnmente se llama a esta forma de conducción: **JUICIO**.

Según José Toro (9), la Teoría del Conflicto formulada por el profesor David Easton presenta diversos pasos para enfrentar un conflicto, tales son:

1. La imposición.
2. La subordinación.
3. La negociación.
4. La supra ordenación (arbitraje).
5. La guerra.

La imposición y la subordinación son opciones que tienen base en el poder que es ejercido por parte del superior hacia el inferior. Aquí no hay negociación ni acuerdo posible. No hay consenso ni oportunidad de acuerdo viable. Sin embargo, en la negociación y la supra ordenación se hace presente la oportunidad de alcanzar acuerdos consensuados, y duraderos en el tiempo.

c) Resolución Alternativa de Conflictos a la Vía Judicial.

Al hablar de alternativas de resolución de conflictos nos estaremos refiriendo a aquellas posibilidades de usar técnicas distintas a las que maneja la vía judicial, por medio de la cual se puede llegar a solucionar un conflicto entre dos partes afectadas.

La Conciliación, Mediación y Arbitraje son tres formas distintas de resolver conflictos cuya base común está en la negociación. Estos tres procedimientos incluyen la figura de un tercero que modifica con su presencia el proceso de negociación.

La Negociación es un proceso de discusión entre las partes enfrentadas (Negociación directa) o por medio de sus representantes oficiales; su objetivo es llegar a un acuerdo. Es un método realista y eficaz para resolver conflictos, pero en ciertas circunstancias puede equivaler a una “guerra a muerte” que, paradójicamente, no soluciona el conflicto. Además, las negociaciones se transforman en luchas por el poder y las

emociones fuertes de las partes impiden la comunicación, porque el trato directo resulta poco viable. Resulta finalmente un regateo. Para resolver el problema es necesario el uso de la creatividad y en estas situaciones las personas se sienten inseguras, mantienen posiciones, y difícilmente pueden dar rienda suelta a su creatividad.

Cuando la negociación se produce por medio de representantes, son éstos los que dirigen el proceso de mediación y toman las decisiones por sus representados. Las partes pierden protagonismo y la verdadera negociación se realiza entre los representantes respectivos, intentando conseguir ventajas para su cliente o defendiendo el que no tenga pérdidas (4).

Por otro lado, el *Arbitraje* es una negociación entre los disputantes en presencia de la tercera parte que tiene poder para decidir, si los negociadores no llegaran a acuerdo y estos aceptan previamente someterse al juicio del árbitro. Es un método rápido y barato pero las partes no tienen control sobre el proceso una vez comenzado. La diferencia del arbitraje con la mediación es que el árbitro tiene poder para imponer soluciones y el mediador no (4).

Ventajas del Arbitraje:

1. Seguridad jurídica de que el conflicto se resolverá en forma rápida y eficiente.
2. Especialización de los árbitros.
3. Corta duración del proceso.
4. Bajo y previsible costo.
5. Árbitros independientes y neutrales.
6. Administración del arbitraje de acuerdo con el reglamento vigente.

Por otra parte, la *Conciliación* es una negociación en presencia del conciliador que se encarga de reunir a las partes, y proponerles llegar a un acuerdo. A diferencia del mediador, que diseña el proceso, enseña habilidades a los disputantes, y ayuda a que éstos generen alternativas individuales, el conciliador desempeña un papel más pasivo (4).

Por último, llegamos a la *Mediación*, que, a grandes rasgos, es una negociación en la que interviene la ayuda de un tercero neutral e imparcial.

En la mediación, al igual que en la negociación, se generan una serie de movimientos de las partes para intentar resolver sus discrepancias, pero en la mediación se cuenta, también con los movimientos generados por el mediador y que van encaminados a conseguir incrementar las posibilidades de elección de actos positivos de las partes y a inhibir la elección de los negativos.

Una diferencia entre la mediación y la negociación es que la primera se centra en la búsqueda de los intereses y necesidades de las partes, conducente a solucionar las disputas. Las necesidades y los intereses son las motivaciones que se encuentran detrás de las posiciones, y constituyen los que las partes en conflicto están tratando de conseguir. En la negociación, lo que se discute son las posiciones asumidas por ambas partes. Tales posiciones estratégicas defienden y describen la situación desde el punto de vista de una parte, que la considera la única verdad posible y razonable, por lo que la postura contraria se considera falsa e irrazonable. Esto hace que la otra parte trate de defender su postura con el mismo planteamiento excluyente que la primera. No hay intereses comunes. La mediación es un proceso distinto de la negociación porque dispone de un tercero imparcial que: orienta a las partes hacia la cooperación, disminuyendo la dialéctica de la rivalidad; tiene en cuenta las necesidades e intereses de las partes, no

haciendo caso de las posiciones; diseña un proceso para que las partes puedan dialogar; enseña habilidades para que éstas puedan intercambiar puntos de vista que puedan llevarles a un acuerdo; deja a las partes que tomen sus decisiones sin intervenir.

Profundizaremos más a cerca de esto en el siguiente punto.

2. MEDIACIÓN

A mediados de la década del '70 en Estados Unidos, nació la mediación, como una nueva institución encaminada a la *resolución alternativa de conflictos*. Su crecimiento fue acelerado a causa de los buenos resultados que proporcionaba al sistema de resolución de conflictos, por lo cual posteriormente se la incorporó al sistema legal, y en algunos estados, como California, se la instruyó como instancia obligatoria, previa a los juicios civiles y penales.

A principios de los '80, se comenzó el sistema de mediación en Inglaterra, donde en sus comienzos fue aplicada, por un pequeño número de abogados independientes, y recién en 1989 se estableció la primera compañía británica privada dedicada a la solución alternativa de disputas. Si bien comparten muchas características semejantes con Estados Unidos, en Inglaterra hay dos tipos de mediación:

- a) la del sector público, que suple el trabajo de los trabajadores sociales para apoyar el trabajo de los tribunales, pero no como una instancia obligatoria previa a la instancia formal;
- b) la del sector voluntario (3).

Francia, España, Canadá y Argentina se han incorporado profundamente en el tema y ya han logrado posicionar estos procesos dentro de la cultura habitual de opciones que se tienen a la hora de resolver conflictos entre las personas.

En el marco de esta investigación entenderemos por *mediación* el sistema de resolución alternativa de conflictos (negociación asistida), a través de la cual las partes involucradas en el conflicto, con ayuda de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación, ayuda a las partes a alcanzar voluntariamente su propio arreglo. Se trata de una actividad práctica, destinada a facilitar el diálogo con el objeto de redefinir y resolver los problemas de reorganización de la familia, en un momento de crisis, como una forma de atribuir a los propios protagonistas del conflicto la toma de decisiones al respecto.

El objetivo primordial de la mediación no es llegar a un acuerdo, sino brindar un proceso en el que las partes puedan educarse a sí mismas con respecto al conflicto, e indagar las distintas opciones que tienen para resolverlo. El llegar a un acuerdo durante el desarrollo del proceso es obviamente positivo, pero tanto el mediador como las partes en conflicto deben considerar que la decisión de no llegar a un acuerdo es una conclusión igualmente válida del proceso (5).

Desde una perspectiva amplia, la mediación se puede presentar, además, como un procedimiento no judicial de regulación (*conciliación*), y no necesariamente como un proceso de resolución alternativa de conflictos propiamente, ya que lo que implica la intervención de un tercero imparcial, que guía a las partes, estableciendo comunicación entre ellos, para que éstas encuentren por sí mismas la base de un acuerdo, que contribuirá a poner fin al conflicto, en cierto modo estaría acercándose al concepto de *conciliación*, donde un juez no toma lugar, salvo en la homologación escrita del acuerdo. La diferencia de este concepto radica en que los acuerdos mediados pueden no ser ratificados por un juez, ya que la validez del acuerdo en la mediación tiene su fundamento en la voluntariedad y autodeterminación de las partes, no así las conciliaciones, que al constituirse como un concepto legal, siempre ha de estar superpuesta al control superior de un juez. No se puede dejar de mencionar la amplitud de áreas en las que la *mediación* puede

desarrollarse. La *mediación* tiene lugares específicos de trabajo que no sólo incluyen el ámbito de la familia. Existen espacios como la:

- Mediación Prejudicial
- Mediación Familiar
- Mediación Empresarial o Laboral
- Mediación Educacional.
- Mediación Comunitaria o Vecinal.

a) Características de la Mediación.

En resumen, se pueden sintetizar las características de la mediación de la siguiente manera:

1. Es una instancia eminentemente voluntaria. Las partes deciden participar o no en el proceso y ponerle fin en cualquier momento, y no están obligadas a llegar a un acuerdo.
2. Esta basada en el principio de confidencialidad. Es decir, que el mediador y las partes no pueden revelar lo sucedido en las sesiones; salvo autorización expresa de los mediados.
3. No esta sujeta a reglas procesales. El procedimiento es absolutamente informal y flexible.
4. Posee una real inmediatez. Las partes actúan por sí mismas.
5. Es efectivamente cooperativa. Las partes actúan, negocian y proponen las soluciones. El acuerdo parte de los propios interesados, protegiendo así los intereses de ambos.

b) Ventajas del proceso mediacional.

Dentro de las múltiples ventajas que un proceso de mediación puede entregar, como método alternativo a la resolución de conflictos judiciales se encuentran las siguientes:

1. Una solución amplia:

El conflicto familiar excede al ámbito legal. Incluye aspectos que entran dentro del terreno psicológico, emocional, etc. Vínculos afectivos fuertemente involucrados en el litigio determinan a las partes a actuar sin el equilibrio necesario para construir una solución estable, lo menos perjudicial posible.

Gran parte de estos contenidos no son posibles de desentrañar mediante una solución exclusivamente jurídica. A través de la mediación, en cambio, las partes podrán elaborar una solución que se adapte al caso y, que exceda incluso las materias meramente legales.

2. Apoyo a las futuras relaciones:

Por tratarse de un sistema no adversarial facilita el mantenimiento de las relaciones futuras, aspecto de tanta importancia en las relaciones de familia. El proceso judicial, en cambio, está basado en la confrontación que consiste en buscar la verdad por medio de la argumentación, convenciendo al juez de la culpabilidad del otro y de la inocencia propia. Si existe un alto nivel de hostilidad entre las partes y la mejor defensa se identifica con el más descarnado ataque, los resentimientos, rencores y enojos se re-alimentan. El fallo del juez a favor de una de las partes, dejará en la otra una sensación de insatisfacción, que llevará a promover al poco tiempo nuevos planteos e incidentes que harán eterno el conflicto. En estos casos el juez decide pero no soluciona el problema.

3. El principio de la confidencialidad:

Que es uno de los requisitos de la *mediación*, garantiza la privacidad de las partes. Al no llevarse registro alguno de lo tratado, salvo el acuerdo, el conflicto trasciende únicamente al mediador y a los asesores jurídicos de las partes, evitando los roces y agresiones que frecuentemente acarrear los escritos judiciales.

4. El principio de la celeridad:

Que la *mediación* respeta en mayor medida, debido a que generalmente requiere menos tiempo. Tratándose de litigios de familia, es sumamente importante la pronta solución de los aspectos conflictivos, evitándose así que se profundicen las diferencias y aminorando en lo posible el daño psicológico de los participantes.

5. Resultados Permanentes:

La participación directa de las partes en el proceso de resolución también puede brindar un mayor nivel de satisfacción, lograr resultados más adecuados a las necesidades de los intervinientes y, mayor compromiso en el cumplimiento de los acuerdos.

6. Economía en dinero:

Debido a que la *mediación* generalmente requiere menor tiempo y menores recursos que los juicios y obtiene acuerdos anticipados, es posible lograr importantes ahorros en tiempo y costos, tanto para los tribunales como para los litigantes.

Otros aspectos importantes de considerar como ventajas comparativas de una *mediación* respecto de la vía judicial son:

- El proceso de *mediación* posibilita la creación de una atmósfera de cooperación entre la pareja, de la cual, obviamente, los hijos se benefician.

- Reduce el riesgo de que los padres utilicen a los hijos como moneda de cambio en el transcurso de la negociación.
- Previene posibles respuestas negativas en los hijos posteriores a la separación.
- Entrena a la pareja en la negociación. Este punto es el más importante desde el punto de vista de la educación civil y social en la actualidad.
- Permite a los padres la oportunidad de tomar decisiones en un clima de colaboración relativas a los hijos y a su futuro.
- Ofrece un acuerdo adaptado a las necesidades particulares de cada familia.
- Ahorra tiempo y dinero.

Por último, no se puede dejar de mencionar que lo más destacable de la mediación es el retorno del *Poder* a los protagonistas, ya que les enseña a resolver por si mismos sus situaciones problemáticas, sin delegar la solución en un árbitro o en un juez puesto que son los mismos cónyuges los que han de pactar los efectos de su ruptura y establecer el convenio regulador de la separación. El mediador familiar, no es entonces un conciliador familiar o terapeuta, y tampoco toma el lugar del juez.

c) Desventajas del Proceso.

La filosofía que rige la mediación familiar resulta tan atrayente que puede dar lugar a una visión excesivamente optimista de ella, llegando incluso al error de creer que es la “panacea”, la alternativa por excelencia para la resolución de todo tipo de problemas o conflictos familiares.

Es por ello, por lo que debemos reconocer con realismo que la mediación familiar, como cualquier tipo de intervención, tiene sus

limitaciones, esencialmente porque trabaja partiendo de la libre voluntad de las partes, paradójicamente la mejor y mayor ventaja que tiene la mediación, se vuelve en contra en circunstancias de presión o manejo desequilibrado de poder, y allí donde ésta se encuentre mediatizada por alguna circunstancia grave, la mediación estará contra indicada.

En este sentido, la mediación familiar no parece la intervención más aconsejable para aquellos casos en los que:

- 1) Alguno de los miembros de la pareja no ejerza control sobre su voluntad y, por lo tanto, sea incapaz de asumir compromisos adquiridos, o incluso de adquirir compromiso alguno. Es por esto, por lo que no debe iniciarse una mediación si se tiene la certeza de que alguno de los miembros de la pareja padece comportamientos disfuncionales, que requieren de un tratamiento previo, tales como, problemas de alcoholismo, toxicomanías, ludopatías, etc.
- 2) Tampoco es aconsejable la mediación en todos aquellos supuestos en los que uno de los miembros de la pareja o sus hijos, sean objeto de violencia familiar, porque las decisiones estarán inevitablemente condicionadas por el desequilibrio de poder existente entre la pareja, llegando, como es obvio a influir en los acuerdos el temor al otro. La responsabilidad del mediador exige en estos casos tomar las precauciones necesarias para garantizar en todo momento la seguridad del sujeto o sujetos objeto de agresión durante la convivencia (6).

Según el proyecto de ley para Tribunales de Familia, son materias prohibidas de mediación aquellas que tengan relación con:

- Infracciones juveniles a la ley penal.
- Maltrato infantil y de personas "Incapaces".

- Adopción.
- Acciones en relación al estado civil y la interdicción.
- Nulidad de matrimonio.

Estos aspectos no posibles de mediar abarcan la transversalidad del contenido básico que posee el derecho civil, por lo que han de quedar sometidos a normas específicas pertenecientes a esta área.

Por otra parte, una desventaja importante de mencionar es aquella que tiene que ver con características propias del mediador. Si el mediador no posee cualidades personales como acogida, empatía, calidez, actitud de escucha, respeto por el otro aunque no se comparta lo dicho, difícilmente podrá lograr avances o acuerdos consistentes entre los afectados. El poder implícito que el profesional tiene sobre las dinámicas familiares, debido a su mayor conocimiento teórico y técnico en estos temas, puede afectar la orientación del proceso, esto si el mediador no es capaz de separar sus propias elaboraciones de las que la pareja pudiera tener dentro de la mediación, ya que el grado de validez que el profesional puede tener dentro del proceso puede llegar a ser tan alto que la pareja virtualmente ha de escuchar las sugerencias del mediador como recetas de comportamiento para alcanzar soluciones concretas a sus problemas.

Otra desventaja, es la virtual confusión de roles que los propios Mediadores tienen, a la hora de desempeñar un proceso de RAC (resolución alternativa de conflictos), sus propias influencias profesionales, por lo que a la hora de enfrentar un proceso, aquellos que no se han formado de la debida manera, o no han adquirido la experiencia suficiente, estarán en riesgo de teñir la mediación con procedimientos técnicos que tienen relación con el origen de cada profesional, por ejemplo, el abogado comúnmente suele confundir la mediación con las conciliaciones, y los asistentes sociales o psicólogos con terapias familiares. Esta desventaja apunta al posible riesgo de la efectividad que se puede

esperar de un real proceso de mediación y no de una conciliación o terapia familiar.

Por último, el poco conocimiento que la gente tiene de los objetivos y alcances de los procesos mediacionales, hace que este servicio no sea efectivamente aprovechado por quienes sufren de disputas o conflictos familiares en la actualidad. Las personas que han alcanzado este servicio muchas veces se ven frustradas o bien sorprendidas ante las condiciones de voluntariedad y de estructura autocompositiva que éste tiene. Esto lleva a que los usuarios puedan desistir del proceso, o bien lleguen a no dar cumplimiento a los compromisos acordados de buena fe. Por eso se hace necesario que, para un mejor acceso a la RAC, sea el gobierno quien asuma un plan oficial de difusión acerca del tema.

d) Mediación y Tribunales de Familia.

Acorde con los objetivos de la judicatura chilena, y recogiendo las tendencias modernas sobre la materia plasmada en el Código Procesal, el proyecto de Tribunales de Familia establece un procedimiento esencialmente oral, público, desformalizado y concentrado. Dentro del proceso se encuentran, entre otras acciones, las Soluciones Cooperativas. En este punto se incluye la mediación, como *un proceso no adversarial de solución de controversias* en la que un tercero imparcial crea condiciones para que los participantes puedan construir una perspectiva común, diferente del problema, que incluya el reconocimiento de la visión del otro. Reconociendo y validando las diferencias y los puntos en común, las familias en mediación podrán encontrar una salida compartida que les pertenezca y en que desarrollarán sus relaciones futuras.

Según el proyecto de Tribunales de Familia, el artículo 23 del párrafo primero, Título III, define Mediación como: "...aquél sistema de resolución de conflictos no adversarial" (7).

Para que las partes participen de este proceso deberán, según el artículo 54, párrafo quinto, Título III, "encontrarse en igualdad de

condiciones para negociar”. Esto excluye los casos de violencia intrafamiliar, maltrato a menores e interdictos. El proyecto de Tribunales de Familia recoge los principios fundamentales que rigen el proceso de mediación, tales como, la igualdad de las partes, confidencialidad, imparcialidad del mediador y las normas de procedimiento aplicables cuando una causa es derivada a mediación. Esto hace que la mediación se considere hoy en día como plan anexo a Tribunales, en materia de familia.

Los asuntos de familia, se caracterizan por su alto contenido afectivo, por la existencia de causas generadoras del conflicto en ocasiones de antigua data, y por la necesidad del mantenimiento del vínculo entre las partes. El método del litigio judicial, que incorpora un sistema de ataque y defensa, e incluso de prueba sobre aspectos muy íntimos de la familia, trae como consecuencia una profundización del conflicto. Así, se confirma que el interior del grupo familiar, es una red de vínculos relacionados emocionalmente: vínculos de pareja, paternos, filiales, entre hermanos y otros. Estos vínculos ofician de canales y son vehículos de todo tipo de intercambios en ambas direcciones. El grupo familiar cumple varias funciones: matriarcal, de humanización, de individualización o identificación y socializadora. Esta familia que tiene entidad real, más allá de la normativa jurídica en un tiempo y lugar determinados, que van cumpliendo su ciclo vital a través de etapas, previsibles o no (entre las cuales está la ruptura matrimonial) necesita incorporar aprendizajes y tareas nuevas indispensables para evitar un estancamiento evolutivo. La crisis como momento de cambio y de mucha vulnerabilidad será la oportunidad de reorganización de la familia, de manera de asegurar su continuidad en las funciones consideradas esenciales para los niños, que esta estructura legislativa protege.

Por lo tanto, a través de la mediación se pretende inscribir el conflicto en un marco de cooperación, en vistas no a la disolución de la familia sino a su reorganización, entregándole a las partes la posibilidad de reglar sus relaciones futuras. Se trata de un cambio

de actitud favorecido por el alto grado de insatisfacción que produce, para los operadores del derecho que intervienen, imponen soluciones elaboradas sin la participación de aquellos directa o indirectamente afectados. La necesidad sentida por los mismos jueces, de favorecer el logro de soluciones consensuadas ha contribuido al nacimiento de la mediación familiar y al desarrollo de las primeras experiencias en el ámbito judicial.

Tradicionalmente, los conceptos de orden público y autonomía de la voluntad se consideran antagónicos, ya que operan en diferentes ámbitos, atribuyéndole al Derecho de Familia una mayor restricción de la autonomía de la voluntad que a otras ramas del Derecho Civil, ya que la mayor parte de sus disposiciones son de carácter impositivo. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, se han ido introduciendo cambios en orden a permitir a los individuos diseñar su futuro, realizando acuerdos homologables en lo que respecta a los efectos personales y patrimoniales de las relaciones de familia. La idea es que el ejercicio de la libertad no debe ser temido, por lo tanto, las restricciones deben encontrarse debidamente fundamentadas y ser de carácter excepcional.

En nuestra legislación, la mediación pre-judicial se establece con el fin de evitar un desgaste a las partes, evitar el llamado "Conflicto Subyacente" en el proceso. Por otro lado, intenta descongestionar a los Tribunales de Familia, para alcanzar un nivel de celeridad en el proceso que beneficiará a todo el grupo en disputa. El proyecto plantea que exista mediación obligatoria en las causas relativas al derecho de alimentos, al derecho de cuidado personal y el derecho y deber de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular. Se establece una prohibición de mediación para asuntos de estado civil o interdicción de personas, las causas de maltrato de menores o incapaces, adopciones de menores de edad, nulidades y divorcio; y una mediación facultativa para las restantes materias de

competencia de los tribunales de familia, las que podrán ser derivadas a este sistema en cualquier estado de la causa.

El proyecto de Ley de Divorcio Vincular incluye la mediación como opción ineludible del proceso. Mientras dura la situación de separación provisoria (dos años), la pareja podrá optar voluntariamente a la ayuda de mediadores, la que será gratuita para aquellos que carezcan de recursos. El sistema busca atenuar los efectos de la separación en la familia y colaborar, si es factible, en la recomposición de la relación.

En distintos foros internacionales se ha afirmado que la sobrecarga de los tribunales puede afectar los derechos de los justiciables, por lo tanto, es conveniente que los estados se planteen vías de descarga de los mismos, potenciando la adopción de este conjunto de técnicas de solución de conflictos. Se ha dicho que, si bien la mediación no es la panacea universal frente a la certeza de la justicia tradicional, sí puede ser, en cambio, la expresión de una nueva cultura del conflicto más orientada hacia la comunicación que hacia la confrontación.

e) Desempeño de la Mediación

De alguna manera la actividad que la Mediación realiza suele verse confundida por algunos profesionales con otros procesos de resolución alternativa de conflicto, como son la conciliación, arbitraje, y la negociación, incluso suele ser confundida con Terapia Familiar y, aunque tienen cierto paralelismo en algunas dimensiones, presentan importantes distinciones.

El objetivo de la mediación es la resolución de una serie de puntos contemplados en el convenio regulador y el establecimiento de un acuerdo, en forma de documento escrito. Es un proceso estructurado, centrado en la tarea. La naturaleza del proceso mediacional es legal o cuasi legal, es decir, mezcla asuntos legales y emocionales. Tanto la mediación como la terapia pueden ser

terapéuticas, pero mientras esta última tiene la curación como objetivo, la mediación no.

La cuantía de información es otra característica distintiva; en la terapia se necesitan antecedentes y datos actuales de los sujetos y/o de la relación, en la mediación no, incluso un exceso de información podría perjudicar la imparcialidad.

Cuadro comparativo.

	MEDIACIÓN	PSICOTERAPIA
Objetivo	<i>El problema / asunto.</i>	<i>La persona / relación.</i>
estructura del proceso	<i>Estructurado y centrado en la tarea.</i>	<i>Libremente estructurado y centrado en los sentimientos.</i>
Naturaleza del proceso	<i>Legal / cuasi-legal (mezcla asuntos legales y emocionantes)</i>	<i>Psicólogo o personal.</i>
Papel de las emociones	<i>Contenidas y dirigidas.</i>	<i>Alentadas y exploradas.</i>
Objetivo terapéutico	<i>Secundario / puede tener beneficios terapéuticos.</i>	<i>Principal en proceso.</i>
Cuantía de la información	<i>Escasa información de las partes y del conflicto.</i>	<i>Mucha información de los antecedentes de los sujetos y de la relación.</i>

Esta caracterización como actividad práctica, con un objetivo definido, con tareas precisas a cumplir, en plazos determinados, permite diferenciarla del ámbito terapéutico (4).

3. EL MEDIADOR

Por definición técnica, histórica y empírica el mediador es el profesional que actúa en el conflicto familiar como tercero neutral, y que procurará dar a las partes un espacio de tranquilidad, confianza y respeto. Clima que favorece el diálogo y la gestión positiva del conflicto, de manera que por medio de la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad con la que actúa el mediador sea posible cumplir con las expectativas de la familia que es poder resolver sus diferencias por una vía alternativa a la judicial, voluntaria y autocompositiva, en la que al final del proceso no existan ganadores ni vencidos sino una familia refortalecida en un acuerdo consensuado y generado desde sus propias posibilidades de cumplimiento.

El mediador es un profesional que se ha preparado de una forma específica para ejercer esa labor, aunque tiene otra profesión de origen, como la psicología, la abogacía o el trabajo social, cuando está ejerciendo como Mediador olvida sus orígenes profesionales y se centra únicamente en la Mediación. La tarea del mediador consiste en introducir algunas características especiales, para modificar el enfoque basado en la confrontación, que plantea la negociación como un campo de batalla, y está orientada hacia la solución del problema. El mediador ayuda a las personas a dialogar, evitando malos entendidos, establece relaciones de trabajo, aclara los problemas y busca soluciones aceptables para ambas partes.

Según el proyecto de Tribunales de Familia, el mediador es el personaje principal en mediación, obviamente después de las partes, no obstante, él es quien tiene la meta de tratar de que las partes lleguen a un acuerdo o solución de su conflicto.

El mediador en el tribunal, tendrá la posición de un auxiliar de la administración de justicia, al que se le aplicará las causales de implicancia dadas en el Art. 69 del Proyecto de Ley.

El proyecto de Tribunales de Familia define al Mediador como: "Tercero, neutral, sin poder coercitivo, que ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución a su conflicto" (7). Podrán ser

mediadores de familia todos aquellos profesionales del área de las Ciencias Humanas y Sociales, con experiencia profesional previa, que hayan aprobado un curso de formación en mediación familiar en alguno de los organismos reconocidos por el departamento especializado de mediación, (perteneciente a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, a través de la cual se dispondrán los servicios y se regulará la actividad de los mediadores llamados a intervenir en materias de competencia de tribunales de familia) y que cuenten con una oficina o recinto para desarrollar el proceso de mediación. Los profesionales que cumplan con estos requisitos han de inscribirse en el registro de mediadores de familia y postular a hacerse cargo de casos derivados de los Tribunales de Familia.

La cualificación profesional de un mediador requiere de una formación específica independiente de su formación de origen. El mediador debe tener amplios conocimientos de distintas disciplinas que provienen fundamentalmente del ámbito del derecho y de la psicología así como debe trabajar en la potenciación de una serie de características personales como flexibilidad, tolerancia, conocimiento de uno mismo, que le permitan estar en las mejores condiciones a la hora de afrontar el desempeño de su función. La mediación familiar es una vía para la actualización de emociones muy poderosas, pues presentan temas fundamentales que están en crisis, tales como, el matrimonio y los hijos, además consideraciones emocionales o financieras no presentes de modo usual en otros casos, en juzgados civiles. El mediador debe estar preparado para recibir y procesar estas emociones que siempre estarán de una manera u otra presentes, antes, durante y después de la sesión de mediación

Para algunos, los mediadores deben limitarse a dirigir el procedimiento de las negociaciones y dejar las decisiones del contenido a las partes. Se sostiene que en materia de familia, una separación por ejemplo, los padres generalmente saben lo que más les conviene a los hijos, como al funcionamiento de la familia. Ellos no necesitan de un experto que les diga lo que deben hacer. Lo que necesitan es un procedimiento que les facilite la resolución del

problema. Para otros, que constituyen la mayoría, el mediador debe trabajar con las partes en la solución de fondo para llegar a una solución justa, sin que ello le reste imparcialidad y neutralidad. Entre las funciones que el mediador debe cumplir están las siguientes:

Funciones

- a) *Ser conductor de la mediación entre la pareja.*
- b) *Encargado de crear un clima de cooperación y empatía.*
- c) *Responsable del establecimiento de una comunicación eficaz.*
- d) *Encargado de mantener el proceso bajo control y de reequilibrar el poder entre las partes.*
- e) *Emplear técnicas o estrategias que permitan un acercamiento entre las partes en conflicto.*
- d) *Administrador del ritmo del proceso adecuándolo a la evolución de cada uno de los sujetos en la aceptación de la pérdida.*
- e) *Ser neutro e imparcial.*
- f) *Encargado de desarrollar opciones de salida.*
- g) *Protector de la confidencialidad y el equilibrio de poderes entre las partes.*
- h) *Constructor y de constructor de las definiciones bilaterales del problema.*

En términos de la ética, el mediador está sujeto a una serie de factores dados dentro de la dinámica relacional originada al interior del proceso, que lo obligan a guiar su intervención dentro de su rol ético que parte fundamentalmente por mantener la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad dentro de todo el proceso. El mediador no podrá escapar de la, tan temida por los interventores familiares y grupales, vinculación con las partes pues en las ciencias humanas toda relación con otros implica vinculación, a cualquier nivel de coordinación. “El proceso de mediación debe ser realizado de forma tal que asegure la neutralidad, pero al mismo tiempo, reconozca la intervención del mediador en la conducción del proceso” (3).

Debido a las consecuencias que pudieran generarse entre este nivel de relación a que el mediador pudiera llegar con las partes es que se han propuesto dos alternativas de control. La primera entrega un código de ética para el mediador, quien es el que posee el poder y control absoluto del proceso que involucra la vida y decisiones futuras de toda una familia, y la segunda es incluir en el cronograma de actividades fijas de cada centro de mediación tres talleres anuales de Autocuidado para los mediadores en ejercicio. Precisamente, el Centro de Mediación, perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana ha creado un *Código de Ética del Mediador*, bajo la necesidad de reglar las conductas, procedimientos y principios que los funcionarios de este centro han de cumplir frente a las parejas o grupos familiares que atiendan.

Si bien los servicios de mediación serán dispensados por centros de mediación autorizados, la responsabilidad del gobierno se encuentra por otra parte comprometida con la calidad de este servicio, puesto que es el Estado (Tribunal de Familia) quien deriva a las partes a mediación, cuando ellas solicitan la intervención judicial para resolver un conflicto de relevancia jurídica. Para cumplir con este objetivo se ha planteado la creación, en el poder judicial, de un departamento especializado de mediación, a través del cual se dispondrán de los servicios y se regulará la actividad de los mediadores, siendo esta instancia la encargada de supervisar y controlar el adecuado funcionamiento del sistema en sus diversos aspectos.

-
- Psicóloga, Servicio Municipal de Educación, Programa de Integración. E-mail: andrealopezp@yahoo.com

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Iturrieta, S., *Teoría del Conflicto*. Antofagasta, Universidad Católica del Norte, 2002.
- (2) Suárez, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Piados, Buenos Aires, 1996.
- (3) Toro, J., *La Teoría del Conflicto según David Easton*. Caracas, 29 de Noviembre 2002. En: <http://www.eluniversal.com>
- (4) Bernal, T. *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Colex. Madrid, 1998.
- (5) Briones, J. et als. *Las T.A.R.C. ¿Una medida eficaz?*. Escuela de Trabajo Social. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000.
- (6) UNAF, Unión de Asociaciones Familiares. *Servicio de Mediación Familiar*, 2002. En: <http://www.unaf.org>
- (7) Gobierno de Chile. *Proyecto de ley "Crea Tribunales de Familia"*. Santiago de Chile, 1996.