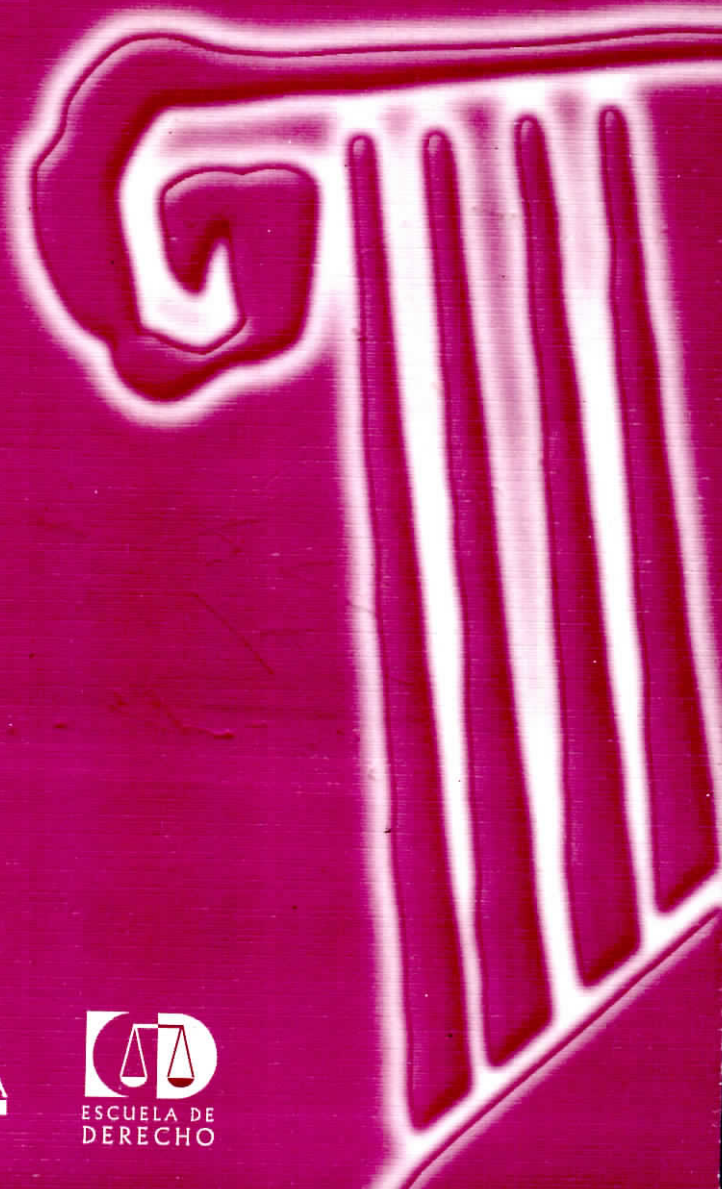


REVISTA
Número 2
Año 2001

CREA

Centro de Resolución Alternativa de Conflictos



UNIVERSIDAD CATOLICA
DE TEMUCO



ESCUELA DE
DERECHO

REVISTA

CREA

Centro de Resolución Alternativa de Conflictos

Universidad Católica de Temuco • Año 1 • Nº 2 • 2001

Equipo Académico

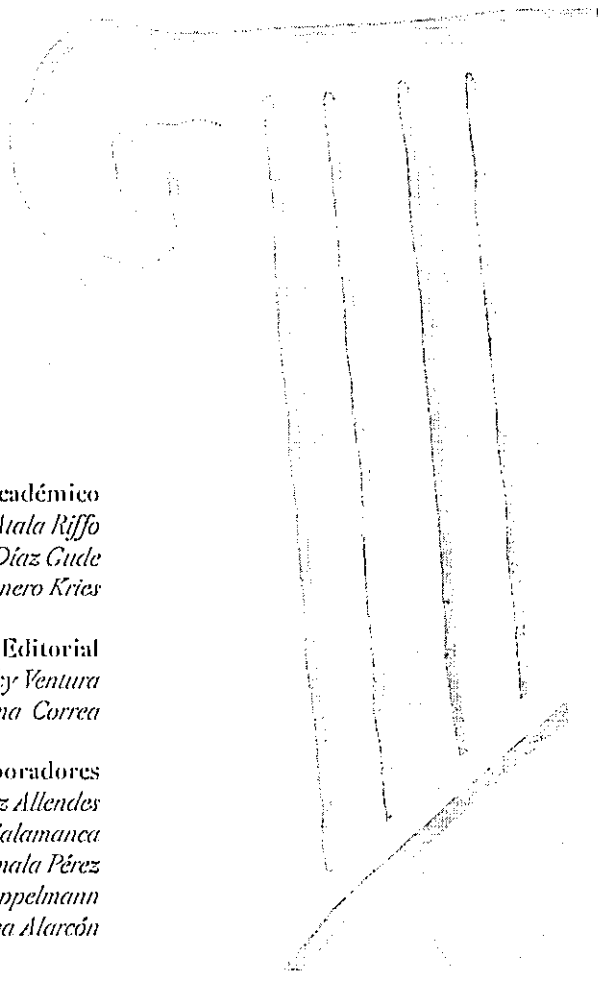
Karen Atala Rizzo
Alejandra Díaz Gude
Mario Romero Kries

Comité Editorial

Sofía Libedinsky Ventura
Rodrigo Coloma Correa

Colaboradores

Jaime López Allendes
María del Rosario Salamanca
Alejandro Matamala Pérez
Alejandra Cid Droppelmann
Doris Silva Alarcón



Revista CREA

© Escuela de Derecho
Universidad Católica de Temuco
Fono/Fax: (56-45) 205 317
Manuel Montt 56 Campus San Francisco
Edificio E. Universidad Católica de Temuco

Impresa en los talleres de
Kolping Impresores
Tel/Fax. (56-45) 317271 - 317272

IMPRESO EN CHILE/PRINTED IN CHILE

Índice

Editorial

Sofía Libedinsky	7
------------------------	---

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MUNDO INDÍGENA

PONENCIAS

“Derecho y Antropología: Fundamentos para la acción”	13
--	----

DENIS Y. ARNOLD

“El Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche”	28
---	----

JUAN SÁNCHEZ CURIHUENTRO

“Modos de articulación entre una expresión de derecho consuetudinario mapuche y el derecho civil en la IX Región”	40
---	----

TERESA DURÁN P.

NOELIA CARRASCO H.

ESTUDIOS

“Rüpkura del Valle de Chol Chol”	53
--	----

TERESA DURÁN

MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA

RODRIGO LILLO

ARTÍCULOS

“Formas Alternativas de Resolución de Conflictos en el ley Indígena 19.253”	77
---	----

JAIME LÓPEZ ALLENDES

LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: DISTINTAS MIRADAS

ARTÍCULOS

“Se abre una nueva oportunidad: Importando sistemas horizontales de justicia durante una época de Reforma Judicial”	91
---	----

JAMES MICHAEL COOPER

Índice

“Resolución alternativa de conflictos (RAC)”.....104
ERHARD BLANKENBURG

“Justicia restaurada en sociedades diversas y desiguales”.....116
KATHLEEN DALY

“¿Hacia una Armonización de la Mediación Familiar en Europa?”.....135
GUILLERMO PALAO MORENO

“La Resolución Alternativa de Conflictos en el Sistema Penal de Nueva York”.....153
JAMES GOULDING

“La mediación transformadora en Nueva York”.....158
STEPHEN E. SLATE

“El Arbitraje en España”.....165
SILVIA BARONA VILAR

“Ejecución de la Conciliación y la Transacción que disponen la Restitución del Inmueble Arrendado”.....184
JULIO E. SALAS VIVALDI

CONCURSO DE MEMORIAS

“El Recurso de Apelación en el Arbitraje”.....191
KARIM KAUAK IBÁÑEZ

“Investigación explorativa acerca del proceso y resultados de la aplicación de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos en el ámbito judicial”.....204
CAROLINA PURCELL TORRETTI
ANA PAULINA ARRUE RODRÍGUEZ
CARMEN GLORIA MUÑOZ GUTIÉRREZ

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROYECTO “CENTRO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS-CREA”

Sofía Libedinsky

En estas líneas quisiera dar una breve visión de lo que ha sido el funcionamiento del proyecto Crea desde su reciente creación. A través de él, se ha pretendido difundir la resolución alternativa de conflictos, por medio de la mediación, la negociación y el arbitraje, como un modo válido y eficaz de solucionar distintos tipos de conflictos. Ello, tanto desde una perspectiva práctica aplicada, como desde una aproximación más teórica en torno a cómo enfrentar los conflictos como sociedad contribuyendo a generar una cultura de paz.

Durante el año pasado se llevaron a cabo una serie de cursos, talleres y otras actividades. En estas se contó con la participación de expertos internacionales en mediación, negociación y arbitraje, quienes vinieron a compartir sus conocimientos y experiencia de años de trabajo en estas áreas a la comunidad regional. Contamos, asimismo, con la presencia de destacados invitados nacionales que nos mostraron lo que se está haciendo actualmente en Chile en relación a los distintos aspectos que involucra el tema en cuestión.

Se llevó a cabo el primer Concurso de Memorias, de alumnos y egresados de las

distintas universidades a nivel nacional. Este concurso puso en evidencia, lo emergente que resulta esta temática, existiendo un amplio campo para desarrollar investigaciones tanto teóricas como empíricas. Un resumen de las memorias ganadoras se incluye en el presente número.

Una actividad que ha concentrado un gran esfuerzo por parte del proyecto ha sido la relativa al desarrollo del Centro de Mediación, que funciona actualmente en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, ya que la práctica y la efectiva resolución de conflictos como una alternativa a la intervención judicial, será la que en definitiva permita fortalecer y expandir una nueva mirada en torno a lo que significan e implican los conflictos interpersonales.

Nos hemos esforzado para que en el presente número de esta revista se incluyan artículos relativos a distintos ámbitos de la resolución alternativa de conflictos. En ese sentido, se pueden encontrar algunos relacionados con la resolución de conflictos en el mundo indígena, los que resultan de especial interés, ya que la resolución de conflictos adopta en este ámbito características

muy propias.

Un artículo que da cuenta de ello, surge de una investigación realizada en la comunidad mapuche de Rupukura, donde ésta se organizó a través de una junta de vigilancia como una forma de solucionar conflictos relacionados principalmente con hurto, robo y abigeato.

La idea es que esta revista sirva como una posibilidad de desarrollar y mostrar distintos proyectos donde la gente se ha organizado para buscar modos de resolver sus problemáticas de un modo pacífico.

Los demás artículos que tratan materias diversas, se dividen entre los que se refieren al ámbito nacional y aquellos que provienen de otras partes del mundo, ya que una publicación debe ser un espacio que permita el intercambio y aprendizaje de un modo amplio, a fin de que sea lo más enriquecedor posible.

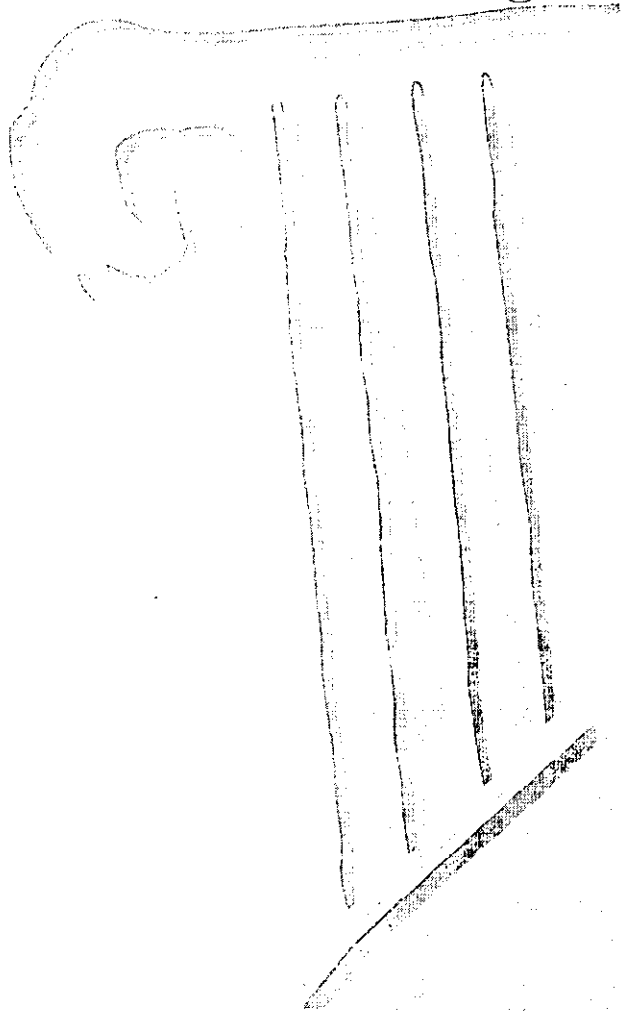
Esperamos que esta revista siga contribuyendo al intercambio para los que ya están de algún modo vinculados a las temáticas que acá se tratan y resulte un estímulo para aquellos que recién se acercan al tema.

Quisiera, por último, agradecer la generosidad de los colaboradores en esta revista. Para nosotros es un motivo de especial satisfacción contar con aportes de autores de renombre en el plano internacional, pues ello siempre constituye una contribución al enriquecimiento del debate en nuestro país.

El proyecto “Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA”, es posible gracias al apoyo financiero recibido del Ministerio de Educación, a través del Concurso de Convenios de Desempeño para el Desarrollo de Áreas Prioritarias de 1998 (MECE de la Educación Superior), y de la propia Universidad Católica de Temuco.

Marzo de 2001.

La Resolución de Conflictos en el mundo Indígena



Ponencias

«Derecho y Antropología: Fundamentos para la acción»
DENIS Y. ARNOLD

«El Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche»
JUAN SANCHEZ CURIHUENCO

«Modos de Articulación entre una expresión de Derecho
Consuetudinario Mapuche y el Derecho Civil en la IX»
TERESA DUBAN P.
NÓELIA CARRASCO H.

«DERECHO Y ANTROPOLOGÍA: FUNDAMENTOS PARA LA ACCIÓN»¹

Denis Y. Arnold²



El Centro de Estudios Sociales y la Escuela de Antropología de la Universidad Católica de Temuco proponen iniciar un nuevo curso en la Antropología del Derecho. Quisiera aprovechar esta ocasión para reflexionar con Uds. sobre la relación entre la antropología y los derechos.

En los últimos dos años han convergido dos tendencias en mi vida profesional como antropóloga trabajando con los pueblos andinos en colaboración con el lingüista Juan de Dios Yapita. La primera tendencia, trata de nuestra búsqueda de una forma mediante la cual poder trabajar en diálogo con las comunidades andinas, búsqueda que nos ha llevado más y más a apelar a las leyes internacionales en defensa de estas comunidades y sus maneras de vivir. La segunda, algo más dramática, era nada menos que la transformación del lugar (que conocimos en los últimos quince años) denominado ayllu Qaqachaka (prov. Abaroa, depto. de Oruro, Bolivia) en una zona roja; donde las luchas por lindes se

han convertido en un verdadero conflicto armado con muertos en ambos bandos. Lo que la prensa ha insistido en denominar “la guerra de los ayllus”. Desde 1995, la tarea de analizar las causas que originaron este fenómeno, tanto internas como externas al ayllu, nos ha conducido a cuestiones jurídicas (ver por ejemplo Arnold y Yapita, 1996, y Arnold, 2000).

En varias ocasiones tuvimos que explicar a los organismos del Estado boliviano (al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Iglesia y la Defensoría del Pueblo, entre otros) las raíces históricas y más inmediatas de la pugna actual (Arnold, 2000). Nos han consultado también sobre las prácticas anteriores de los ayllus mediante las cuales los pueblos en pugna han podido llegar a una “resolución alternativa de conflictos”, sin entrar en una lucha armada. Por esta vía, llegamos a estudiar la Antropología del Derecho.

Para poder expandir las posibilidades de manejar esta nueva problemática, en coordinación con algunos colegas, conformamos una nueva institución de mayor alcance en este campo: SIMPA, Servicios, Investigaciones y Metodologías para el Autodesarrollo de los Pueblos Andino-Amazónicos, en el cual ILCA (Instituto de Lengua y Cultura Aymara) constituye la Unidad de Educación

¹ Conferencia presentada en la Escuela de Antropología de la Universidad Católica de Temuco (18-11-00)

² Denis Arnold es Dra. en Antropología e investigadora del ILCA: Instituto del Lengua y Cultura Aymara, La Paz, Bolivia, y del Birkbeck College, London

y Derechos Lingüísticos y Culturales.

Bases para el estudio del derecho indígena

En todo el proceso de estructurar la nueva organización SIMPA, nos centramos en las materias que trata la Antropología del Derecho: sus bases filosóficas e históricas; la diferenciación entre derechos colectivos e individuales; las diferentes "textualidades" del derecho (lo oral y/o escrito); el pluralismo jurídico; la relación entre pueblos, territorios y recursos; la resolución alternativa de conflictos; la cuestión del patrimonio y su manejo; y el desarrollo en base de los derechos.

Comenzamos a ubicar en un contexto mayor lo que el Estado llama la "ley consuetudinaria", al debatir con los colegas las fuentes filosóficas de la ley estatal que conocemos ahora. Más allá de los estudios antropológicos del siglo pasado, tuvimos que desenterrar los estratos más profundos de la historia de la ley. Por algunas similitudes con lo que encontramos en las áreas rurales andinas, revisamos de paso las divisiones interdisciplinarias que hicieron de la ley los griegos antiguos: en la deóntica, la ética, etc. A menudo, notamos en estos estudios, la presencia de algunos conceptos claves, tales como *temis* en el griego, que expresó antiguamente la noción de un orden cosmológico bajo el cual la ley de aquella época tuvo su jurisdicción. Relacionamos esta idea de un nivel de autoridad que englobó todo el dominio humano, con las tendencias actuales para rescatar un sentido de "lo común" en que el individuo está insertado.

Revisamos los estudios clásicos de Bachofen y Briffault, Engels y Mauss, y otros, que a pesar de su antigüedad, intentaban explorar aspectos legales muy distintos a los nuestros, de una manera antropológica y transcultural. Llegamos a la conclusión que, de hecho, los fundamentos de la antropología son reflexiones jurídicas.

No obstante, había distintas maneras de conducir estas reflexiones, debido a las influencias contemporáneas que rodearon a sus autores. Por ejemplo, en 1861, el abogado Henry Maine organizó su estudio clásico, *Ancient Society* (La Sociedad Antigua) mediante una clasificación evolucionista de los diferentes sistemas legales que se conocieron en aquellos años. De esta manera, Maine identificó y diferenció entre aquellas sociedades en que los derechos y las responsabilidades de los miembros se basaron en el status social, y otras que se basaron en acuerdos contractuales. Según los intereses de la época, distinguió también entre sociedades en que dominó la "religión", como en el Oriente, y otras en que dominó el concepto de la "ley", como en Occidente.

Desde otra perspectiva, el abogado Lewis Henry Morgan, dedicó su vida al entendimiento de la famosa "Liga de los Iroquois" de los EE.UU., lo que sirvió luego como una fuente importante en la redacción de la Constitución Política del Estado de aquella nación.

Si comparamos estos dos enfoques, en el primer caso, hubo un intento de

clasificar los diferentes sistemas legales según una jerarquía evolucionista, en que la práctica jurídica del "Indirect Rule" del Imperio Británico, sirvió como el punto de partida para juzgar todo lo demás. En este sentido, la visión antropológica del derecho de Maine y sus seguidores, planteó un esquema en que los sistemas jurídicos "más primitivos" cedieron a sistemas "más civilizados", lo que (a su manera de ver) ocurrió de hecho cuando el Imperio Británico impuso en la práctica su aparato jurídico-administrativo, a los sistemas político-jurídicos locales, en el manejo a través "Indirect Rule" de sus colonias.

En el segundo caso, la apreciación de las muchas ventajas de otro sistema de derecho (de los Iroquois) sirvió (por lo menos por un momento) no sólo como materia de reflexión mutua y de respeto intercultural entre naciones, sino también para el beneficio del sistema constitucional plurijurídico de una nueva nación de muchos estados.

Cuando reflexionamos sobre el mundo andino que conocemos, encontramos un conjunto de tendencias parecidas. Por una parte, el cronista y abogado Polo de Ondegardo (al igual que Maine), buscó en sus investigaciones los medios de la subordinación jurídico-administrativa del Imperio incaico, según las directivas e intereses de la Corona española y su administrador principal: el Virrey Toledo. Por otra parte, el mestizo Guaman Poma de Ayala (o quizás el jesuita Blas Valera, según el debate actual), mediante su carta al Rey de España titulada

la *Nueva Crónica y Buen Gobierno* (ca. 1613), exigía de la administración española un respeto por los sistemas jurídicos andinos; realzando sus muchas ventajas por sobre el sistema colonial hispano.

Habría que tomar en cuenta que en aquellos años, la imposición de las leyes españolas sobre los sistemas jurídicos andinos, acompañó la colonización de los territorios andinos, justificando la jurisdicción territorial del Papa y de la Corona de España, y su derecho de convertir a los "infieles" con la palabra de Dios. Inicialmente, el *Inter Caetera* (del Papa Borgia en 1493) justificó la entrega de la jurisdicción territorial de las colonias americanas a España y Portugal, y más tarde, en 1513, el *Requerimiento*, como una especie de declaración de guerra, justificó la subyugación de los pueblos indígenas, de estos territorios, a la Iglesia y a la Corona española. Desde ahí en adelante, la administración española percibió en los sistemas jurídicos andinos, tan sólo "usos y costumbres" o "leyes consuetudinarias", contrastando con la superioridad de la ley española. A pesar de la defensa de los derechos indígenas por parte de algunos curas (Montesinos, de Vitoria, Las Casas, de Sepúlveda, Acosta y otros), la negación del Otro constituyó la base legal del dominio, opresión y explotación de estos pueblos hasta la actualidad (cf. Gray, 1997: 38 y sig)

A través de siglos de imposición y manipulación, esta legalidad dominante ha llegado a penetrar los sistemas jurídicos andinos. Los intentos de los pueblos andinos

de negociar la base de su poder y patrimonio, y las mismas luchas de resistencia conducidas legalmente, contribuyen al proceso de la incorporación de estos pueblos al dominio legal dominante, de tal manera que este marco dominante llegó a conformar sus referencias normativas y dinámicas de poder.

La Antropología del Derecho nos sugiere maneras de entender las dinámicas de este complejo proceso de interlegalidad en las comunidades andinas. Por ejemplo, el estudio funcionalista de Malinowski de 1926: *Crime and the Savage Society*, con todas sus limitaciones, aplicaron un enfoque etnográfico para la observación directa de los “usos y costumbres” de otros grupos en el contexto cultural del derecho, como parte del proceso de la formalización y secularización de lo jurídico dentro de la antropología. Luego Adamson Hoebel, en los años 50, introdujo en estas investigaciones la técnica de realizar “estudios de caso”, en su obra clásica *The Cheyenne Way*.

Estos estudios fueron criticados en los debates entre Max Gluckman y Paul Bohannan durante los años 50 y 60³, cuestionando la aplicación de categorías “anglo-saxonas” a otras sociedades, y la relevancia de los “estudios de caso” (o cualquier otro término occidental) en sociedades que tuvieron su propia terminología jurídica.

Más tarde, en los años 70, Clifford Geertz, de la Universidad de Chicago, comenzó a criticar la legitimidad del término “ley” o “hecho” en sí, aun en Occidente, en favor del “conocimiento local” (1983).

En otra etapa de la Antropología del Derecho, una serie de estudios rechazó los conceptos estáticos anteriores en favor de “procesos” o “normas” más dinámicos, y según la dinámica de las relaciones de poder entre las comunidades indígenas y los estados de los cuales éstas forman parte.

Hacia una redefinición jurídica de “cultura”

En las últimas décadas, no sólo Geertz sino también Bourdieu y otros, comenzaron a redefinir el mismo concepto de “cultura” como un “campo de lucha jurídica”, en el cual diferentes instituciones (sociales, políticas y económicas) se encuentran en pugna.

Desde esta perspectiva, es posible cuestionar una terminología jerárquica y colonialista que identifica la “ley” sólo en un extremo del espectro, y nada más que “usos y costumbres” al otro. Es más, por la relación íntima entre estos dos extremos del espectro, se torna posible repensar una oposición entre “sistemas de derecho” en pugna; en términos de un sistema íntegro de “interlegalidad” o de “pluralismo legal”.

De este modo, podemos llegar a entender no sólo los efectos de un sistema de derecho sobre una cultura, sino también el cómo las lógicas y modelos culturales

³ Ver por ejemplo Gluckman, 1969, y Bohannan, igualmente de 1969.

estructuran los sistemas de derecho. Pasamos de la idea de que el derecho es una esfera legal autónoma a considerarlo como una parte vital de la estructura social: de la religión, del mundo político, económico y cultural. Pero aun así, habría que tomar en cuenta siempre las tendencias del sistema de derecho, de pasar hacia una etapa hegemónica en algún momento determinado, lo que podemos identificar y analizar. Esto es la visión antropológica del derecho.

Desde esta perspectiva podemos ir más allá de los estudios legales en sí, para repensar nuestras propias categorías antropológicas en términos legales. Por ejemplo, Sally Falk Moore (1969) ha estudiado desde este enfoque, las nociones antropológicas de: “descendencia”, “posición”, y “status”, y a éstas podemos agregar “parentesco”, “género”, “herencia”, “territorialidad” y muchas otras.

De este modo, dejamos de considerar el Derecho Occidental como el eje organizador de la civilización y pasamos a considerar la “diversidad” del derecho, y la variedad de modelos de la regulación social.

Algunos conciben el derecho como un “lenguaje”, a partir del cual se llega a construir los parámetros de la acción (ver por ejemplo Jane Collier, 1995). Pero, en lugar de pensar el derecho como un lenguaje fijo e inflexible (manejado por autoridades reconocidas sólo en casos “anormales”), habría que apreciar la ley como un lenguaje flexible, manejado por personas con fines

particulares.

Todo el estudio de la práctica del derecho nos permite entender la ley como un sistema *abierto*, en lugar de un corpus cerrado. En este sentido, podemos considerar los derechos y obligaciones del mismo *sujeto* de la ley, sean estos pueblos o colectividades, como en el derecho indígena, o individuos, como en el derecho positivo, que tiene sus orígenes en el mundo occidental.

Hacia la globalización de la contestación

Desde la visión de culturas como campos en pugna, en que la lucha fundamental es por la cuestión de derechos, ha surgido otra tendencia importante a nivel global. Esta es, el movimiento hacia un marco del “desarrollo mediante los derechos”. Si bien este marco del desarrollo está insertado todavía en la percepción *individual* del derecho occidental, es importante y urgente que los antropólogos contribuyan a la problemática de la relación “derechos y ciudadanía” desde una perspectiva trans-e intercultural; introduciendo la noción de los derechos colectivos (de la “comuna”), para ilustrar las limitaciones actuales de este nuevo marco global. De esta manera, podemos llegar a entender el vínculo entre el individuo y la colectividad, y entre la comuna y la cosmovisión que la sustenta, incluso sus normas de ordenamiento.

La visión de cultura como un campo de lucha, también yace en el nuevo movimiento por el “rescate de la comuna”

(ver por ejemplo los temas de debate en las conferencias del International Association for the Study of Common Property, IASCP).

Los movimientos de los “verdes” y de la “eco-política” presentan otras facetas del mismo debate, cuyo fundamento es la búsqueda de un sistema de autoridad (sea éste sobrenatural o natural, religioso o profano), que debe intervenir para representar los intereses de la colectividad.

En los Andes, evidentemente los representantes de los sistemas tradicionales jurídicos (tanto el *yatiri* como las autoridades originarias: *jilanqu*, alcalde y los demás) han recibido su autoridad del rayo como una fuente divina de poder. Por esta razón, los símbolos de autoridad, la vara y lo demás, recurren al poder del rayo como la máxima instancia para juzgar un crimen o una disputa. El rayo también legitima a los representantes terrenales del ayllu en sus obligaciones de cumplir con las normas de acción o de redefinir sus límites en casos excepcionales.

Los diferentes “sujetos” de la ley y su autorización

En este sentido, podemos llegar a apreciar que los delitos varían según los distintos sistemas de derecho, como varían también los castigos en diferentes sistemas de justicia. Estas diferencias son especialmente marcadas en los casos de sistemas jurídicos centrados en el individuo o en el grupo. Por ejemplo, según el derecho positivo, en un caso de homicidio, se castiga al individuo, con la reclusión, o con la muerte. En este caso sufren dos familias, la

del asesino y la del muerto. A diferencia, según el derecho andino, el castigo en caso de homicidio se dirige más al nivel “resarcitorio”, tal que el asesino esté obligado a responsabilizarse —mediante el pago de una multa (que era tradicionalmente un toro) o por el cuidado continuo— de la familia del muerto.

En cada caso, estos ejemplos ilustran quién es el “sujeto” de la ley. En Occidente, en el derecho en general o en los DD.HH. en particular, hay una tendencia a enfocar al individuo como el sujeto de la ley. En cambio, según el marco del derecho indígena, el sujeto es la colectividad; por su parte el Convenio 169 de la OIT (ratificado por Bolivia al inicio de los años 90) hace esta distinción en el ámbito internacional.

Los estudios de la Antropología del Derecho examinan también las diferencias entre “normas”, en sentido de lo que se dice (a nivel oral o escrito), y “prácticas”, en sentido de lo que se hace, además de las tensiones entre las dos. También nos permite excavar los diferentes estratos del discurso legal en cada cultura para encontrar las instituciones originarias. El entendimiento de las instituciones detrás de las normas o prácticas jurídicas en cada cultura resulta importante, no sólo en el ámbito académico, sino también en el ámbito de la antropología aplicada y de la antropología del desarrollo. Por ejemplo, a nivel oficial en Bolivia, poco se conocen las instituciones del mundo aymara que organizan y estructuran las prácticas diarias de esta cultura. Esto ha quedado en evidencia al implementar la Ley

de Participación Popular de 1994, imponiendo sobre las organizaciones originarias (ayllus, etc.) otras estructuras administrativas foráneas: los municipios con sus alcaldes y sub-alcaldes. El resultado ha sido una desestructuración y un descrédito de las organizaciones originarias. Algunos arguyen que en este contexto precisamente, surgen los levantamientos del año 2000 y las exigencias para una rearmonización de los sistemas político-administrativos originarios y estatales de Bolivia, antes de llegar a mayores niveles del conflicto.

En nuestra investigación en ILCA sobre los conceptos aymaras de la educación, encontramos instituciones andinas dentro del sistema educativo actual. Entre ellas la noción andina de *thakhi*, que quiere decir “camino”. *Thakhi* describe el “camino” educativo que estructura la vida de hombres y mujeres de manera paralela (ver Arnold, Yapita y otros, 2000, capítulo 6). Las mujeres por su camino (*warmi thakhi*), aprenden a expresarse mediante el canto y el tejido, en tanto que los hombres en su camino (*chacha thakhi*) aprenden a expresarse mediante los instrumentos musicales, los poderes de la oratoria, política y el trenzado. La misma idea de *thakhi* alude a la obligación de cada miembro del ayllu, hombre o mujer, de seguir el “camino” de los abuelos (*awil achach thakhi*) y de los dioses (*yusa thakhi*), como dos de las autoridades supremas que guían las acciones contemporáneas. Por eso, *thakhi* se refiere en términos más generales a la idea de “ley”.

En casos de disputa (en el ámbito doméstico, religioso o político), a menudo se oye el uso del término *thakhi*. En el caso del conflicto por lindes entre Qaqachaka y sus ayllus vecinos, Laymi y Jukumani, una parte del “camino de los abuelos” era la de conformar asambleas a nivel del ayllu para debatir un asunto y llegar a la mejor decisión. En el proceso de llegar a esta decisión, muchas veces se recurre también al “consejo de los ancianos” en la consideración del sistema normativo del pasado y sus referentes en casos parecidos. Estas instancias del derecho del ayllu han sido ignoradas por los organismos del Estado, que han optado por otras vías de resolver los conflictos, con la militarización de la zona.

La codificación de la ley:

La textualidad del derecho

Otra diferencia entre sistemas jurídicos, esta vez entre la ley andina y la ley hispana, trata de la manera de “codificar” la ley, es decir, la forma de “textualizar” el derecho. En el ayllu de Qaqachaka, en los debates en las asambleas, son las prácticas *orales* las que dominan sobre las prácticas *escritas*, pero basándose a la vez en otro sistema de “textos”, en este caso de los “textos” andinos, textil y *kipu*, oratoria y libación (*ch'alla*). Como señala Carmen Beatriz Loza, el *kipu* anudado, aparte de sus muchas funciones numéricas y mnemónicas, ha sido usado como un documento jurídico en la defensa del patrimonio comunal de los pueblos andinos, no sólo en el período incaico, sino en toda la colonia, y hasta la actualidad en algunas comunidades del altiplano (Loza, 1998).

En este sentido, los textiles y *kipus* son también “textos” para codificar la ley andina. La codificación legal del lenguaje del *kipu* se practica en la actualidad por ejemplo, en casos de conflictos por lindes, atando y desatando los nudos de las hebras, lo que está a cargo de los sabios (*yatiris*). Históricamente, en el cerco de La Paz de 1781, cuando Julián Apaza (Tupaq Katari) desató un nudo en su *kipu*, constituyó el momento de la declaración de guerra, una especie de “requerimiento” andino. Luego, al restablecerse la paz se ató el nudo nuevamente. Lo mismo ocurre en la actualidad en los conflictos por los lindes. Con la militarización de la zona, a pesar del interés de la prensa nacional en los conflictos en zona, nadie de las FF.AA. preguntó sobre el estado de los nudos del *yatiri*, lo que sorprendió mucho a los comuneros, pues es uno de sus principales intereses durante los tiempos de conflicto.

Otro aspecto en la pugna por lindes, es la negociación continua entre los miembros del ayllu y las organizaciones externas por definir cada territorio y sus límites con otros ayllus. En este caso, la tendencia de los miembros mayores del ayllu, es la de debatir esta cuestión según el discurso oral de la “costumbre del lugar”. En cambio, la tendencia de los representantes del Estado va hacia la *materialidad* de los títulos escritos, que enumeran los mojones del lugar con sus distintos nombres y ubicaciones. En estas negociaciones, son pocos los representantes del Estado que hablan o entienden la lengua del lugar.

El Estado boliviano ha hecho esfuerzos por traducir las leyes nacionales a las lenguas indígenas (en el caso de la CPE, la Ley Inra, etc.), sin embargo, se han presentado muchas dificultades debido a las diferencias textuales entre la ley andina y la ley estatal. El Estado intenta “positivar” el derecho indígena al traspasarlo desde un ámbito oral-textil a uno escrito. En la actualidad, existen iniciativas regionales de positivar los códigos jurídicos andinos, por ejemplo con relación a las normas de herencia. Hay también exigencias de parte de los pueblos indígenas para redactar constituciones regionales, por ejemplo los aymaras (que constituyen ca. 25% de la población), quechuas (que constituyen ca. 30%), y guaraníes (con ca. 10%).

Modelos dinámicos de la ley

Retomemos el concepto de cultura como un “campo de lucha jurídica” y de la ley en sí como una especie de “lengua”. Para la Antropología del Derecho, surge la pregunta: ¿cómo se va a conceptualizar esta pugna?

Desde una perspectiva sociolingüística, se pueden considerar las pugnas que surgen de un momento a otro (como aquellas que mencionamos anteriormente), como un fenómeno de lucha entre “lenguas en contacto”, en que el contacto entre diferentes sistemas jurídicos genera una influencia mutua. O, tomando una idea que planteamos en *El rincón de las cabezas* (Arnold, Yapita y otros, 2000), podemos considerar las mismas pugnas en términos del “contacto entre diferentes prácticas textuales de la ley”, en que las

normas jurídicas andinas, manejadas a nivel oral, están en contacto con otras normas manejadas a nivel escrito, lo que genera igualmente influencias mutuas a lo largo del tiempo.

No obstante, los estudiosos de la ley, ven este fenómeno de contacto entre diferentes sistemas jurídicos, mas bien en términos específicamente legales. Así el portugués Boaventura de Souza habla de la “interlegalidad” y define el derecho desde una perspectiva cartográfica, en que se percibe la ley como un mapa referencial de acciones. Desde su perspectiva, el orden social está constituido por diferentes sistemas normativos que, como mapas, intersectan e interactúan tanto en las mentes de los actores sociales como en sus acciones, desembocando en el llamado “pluralismo jurídico”. Y la “interlegalidad” sería la intersección de estos planos normativos dentro de un mismo campo social.

La misma perspectiva, tiende a percibir lo que se llama la “ley consuetudinaria” o el “derecho indígena”, no como un “hecho histórico”, sino como un producto histórico de los procesos de dominación y colonización, mediado por las luchas de resistencia de los pueblos afectados. Por tanto, una tendencia teórica dominante en la actualidad, es la de rechazar el enfoque dual, que distingue dos sistemas diferenciados de derecho en un estado de pugna, y de considerar más bien los procesos dinámicos de la “hibridización” y sus “campos de interpenetración”. Desde esta perspectiva, Traubner (1998)

considera estos campos de interpenetración en términos orgánicos, según la idea de “etnopoesis” planteada por los bioquímicos chilenos Maturana y Varela (1981). Como variante sobre el mismo tema, Fernández considera los mismos campos de interpenetración en términos más espaciales, de manera tal que el centro jurídico dominante, generado por el aparato estatal, se expande paulatinamente para incorporar los otros sistemas más periféricos y diferenciados.

Esta consideración, a nivel teórico, de estos modelos alternativos para explicar los procesos dinámicos de la realidad jurídica de una sociedad, hacen de la Antropología del Derecho un vehículo de enseñanza de la “interculturalidad”. Nos permite considerar también las distintas características del “derecho indígena”. Al analizar su interacción con el derecho estatal dominante, podemos llegar a considerarlo, no de una manera fija y ahistórica, sino más bien como un fenómeno inmerso en relaciones de poder y sujeto a cambios y modificaciones que podemos identificar en determinados momentos. En este caso, hay estudiosos que cuestionan la utilidad del concepto del derecho indígena. Temen que al recurrir a un sistema *subordinado* de ley, podrían reproducirse, en los hechos, las mismas relaciones de poder que se intentan borrar. Debido a ello, recomiendan su uso sólo como un arma de resistencia y contestación en contra del sistema dominante en un determinado momento de pugna.

En este contexto, la Antropología del Derecho debe considerar no sólo los procesos por los cuales la legalidad dominante va penetrando en el derecho indígena, sino también los procesos de readecuación, resistencia e invención por parte de los pueblos indígenas, para llegar a generar otras formas intermedias de derecho. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en las pugnas interlegales en Bolivia; en el fenómeno de determinación mutua e interacción constante que caracteriza la articulación entre el derecho indígena, respaldado por algunas leyes a nivel internacional, y el derecho estatal actual. El hecho de que el Estado haya ratificado el Convenio 169 de la OIT y los cambios constitucionales de 1994, en que se introdujeron los arts. 1 y 171 en favor de los pueblos indígenas, muestran la voluntad del sistema legal estatal de adecuarse a las nuevas demandas. El Anteproyecto de la ley comunitaria, actualmente bajo el escrutinio del Ministerio de Justicia y DD.HH., es otra instancia de adecuación estatal a lo que éste percibe como las necesidades de los pueblos indígenas, aunque algunos expertos insisten que habría que ir mucho más lejos.

En otros países latinoamericanos, la situación es similar. En Chile, en vez de ratificar el Convenio 169, se promulgó la Ley indígena N°19.253 de 1993. Y existen los mismos intentos de traducir las leyes estatales a las lenguas indígenas, como en el caso de la traducción del Código Penal al mapudungun. Pero, en la gran mayoría de estos casos, la visión positivista del derecho estatal en América Latina identifica la ley como un código creado y aplicado

por expertos, en vez de un fenómeno dinámico en que el derecho va transformándose según las exigencias del mundo social. Si bien el derecho indígena cambia, lo hace desde matrices y lógicas culturales específicas, y no según un marco jurídico fuera de la historia. En este sentido, como sostiene Rudolfo Stavenhagen (1997), los derechos son referentes constitutivos y ejes centrales de la identidad de los pueblos, y los pueblos quienes han perdido su derecho, han perdido una parte de su identidad. Desde esta perspectiva, para Stavenhagen, el respaldo de la legislación internacional constituye una parte vital de la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y originarios del Continente.

En este largo proceso de reivindicación, hay distintas maneras de percibir los campos de acción según los diferentes niveles. Desde la perspectiva del derecho positivo estatal, el referente simbólico principal es el derecho nacional, hasta tal punto que su autoridad justifica su uso como un medio de presión y un ordenador de las prácticas en toda la nación. La misma perspectiva justifica acciones de parte del Estado a veces represoras y en otros casos violentas, como en el caso de la militarización del ayllu de Qaqachaka. Como corolario de esta perspectiva es la óptica más periférica, que percibe en el derecho positivo un núcleo de conflicto, contra el cual habría que organizar una oposición y resistencia. Pero habría que tomar en cuenta también que, desde la misma óptica periférica, se puede recurrir a la "ley del ayllu" para justificar la

oposición y resistencia en contra de los ayllus vecinos que han traspasado los límites propios de su territorio.

Entonces, en casos de conflicto, la ley de ambas partes puede servir como una amenaza para presionar una solución. No obstante, cuando no hay un sistema de autoridad respetado por ambas partes para dar el respaldo necesario a cualquier acuerdo, el conflicto puede permanecer insoluble o puede surgir en cualquier momento, sin llegar nunca a una solución de largo plazo, como en el caso de la “guerra de los ayllus”.

Este fenómeno de pugna perpetua, puede ser entendido como una forma de resistencia ante la ley. Esta forma de resistencia puede tener diferentes características, algunas más agresivas y otras más pasivas. Por ejemplo, sin oponerse necesariamente a ella, la resistencia pasiva de los pueblos indígenas y originarios, históricamente ha tenido el efecto de readecuar las leyes estatales a su propia realidad y a la dinámica de sus usos y costumbres. Al mismo tiempo esta resistencia pasiva ha permitido la reproducción de la alteridad, de tal manera que la identidad de los pueblos indígenas y sus propias formas de gobierno y maneras de elegir sus autoridades han podido perdurar hasta hoy. Los programas nacionales de alfabetización han provocado importantes formas de resistencia pasiva, en donde los pueblos indígenas han podido expresar sus dudas y reclamos, rechazando los materiales educativos enviados desde los centros de poder.

Otro aspecto de este proceso de reivindicación es el uso de la ley como un argumento para legitimar un sistema jurídico superpuesto. En este contexto, del lado estatal, es común oír de las supuestas “limitaciones del derecho indígena”, especialmente en los casos en que se ha intentado incorporarlo dentro de la jurisdicción estatal, como en caso del homicidio, la violación o de conflictos agrarios. Lo contrario sucede cuando se intenta aplicar la ley estatal en las áreas rurales acostumbradas a su sistema tradicional de usos y costumbre.

Hacia la práctica jurídica de la reivindicación

En la Antropología del Derecho, si bien los estudios de la resolución de conflictos tratan el tema en términos teóricos, la subdisciplina de la antropología jurídica aplicada, trata de estos procesos de reivindicación a un nivel más práctico. En casos de pugna, por ejemplo, en las luchas de los pueblos indígenas contra de las compañías petroleras y madereras, se ha intervenido para defender los territorios indígenas y sus recursos. A partir del concepto de “capital cultural” de Bourdieu, se ha defendido la noción de “patrimonio cultural”, a nivel general, y el concepto de “paisaje cultural” en las luchas en Australia, en particular. Ambos conceptos han recibido un respaldo internacional por las NN.UU., por ejemplo, en el trabajo de los Rapporteurs, Martínez Cobo y Erika Daes; en sus informes respectivos sobre *Tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre estados y poblaciones indígenas* (Martínez Cobo, 1999), y los *Pueblos*

Indígenas y su relación con el territorio (Daes, 1999).

Ya hemos mencionado el nuevo movimiento para “el desarrollo en base a derechos” como un aspecto de la “sociedad de las partes interesadas” (“stakeholder society”), y el movimiento para el “rescate de la comuna”, ambos con un interés en la ciudadanía y sus obligaciones y deberes en el contexto de la globalización.

Existe también un interés en la cuestión del derecho y género, según la perspectiva de diferentes sistemas jurídicos. Como el caso de los derechos en general, no nos debe sorprender el hecho que, en el caso de los DD.HH. en el ámbito internacional, se enfoque esta cuestión según los intereses individuales, según el derecho a la diversidad y la tendencia hacia el “unisex occidental”, contraponiéndose esto muchas veces con las normas culturales de género de los pueblos indígenas y originarios. En cambio, en el caso de los DD.HH. de estos pueblos, las normas de género tienden a centrarse en aspectos más colectivos, y en las lógicas culturales de género a beneficio de todo el grupo (ver por ejemplo Arnold, 2000).

Estos puntos de interacción y articulación o de desarticulación y diferencia entre el sistema de derechos de los pueblos indígenas y el sistema de derecho nacional, no son sólo temas de estudio para la antropología jurídica aplicada. Están actualmente bajo el escrutinio de varios instrumentos legales, en el ámbito internacional, que buscan la

protección de los derechos de los pueblos indígenas. Podemos nombrar como ejemplos: la Declaración Universal de DD.HH.; la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; la Declaración sobre Garantías Sociales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Facultativo de San Salvador; el Convenio 169 de la OIT; la Declaración de la Asamblea General de las NN.UU. sobre el Derecho al Desarrollo y la Convención sobre la Diversidad Biológica, para nombrar sólo algunos.

Nuevas normas para la profesión antropológica

Finalmente, debemos darnos cuenta que como profesionales de la antropología, tenemos la obligación de entender el sistema de derechos de los pueblos con quienes trabajamos y el sistema de directrices que protege sus derechos a nivel internacional

Quedó atrás la época del “saqueo” de información y conocimiento de estos pueblos, en que los investigadores sólo tenían interés en publicar los resultados de sus investigaciones. A mi manera de ver, hemos entrado en un siglo en que los antropólogos, al igual que los profesionales de otras disciplinas, debemos trabajar con otros pueblos como colegas en asuntos en común.

Para asegurar esta situación de colaboración, algunos pueblos han

desarrollado sus propios protocolos éticos de investigación; en que ellos mismos dictan la agenda de estudio, según sus propias necesidades. Podemos citar como ejemplos: la Declaración de la Cuenca Amazónica; la Declaración de Kari Oca de 93; el Convenio de la Alianza Internacional de los Pueblos Indígenas del Bosque Tropical; la Declaración de Coolangaata sobre los Derechos Indígenas en la Educación de 1993.

A otro nivel, las mismas organizaciones profesionales, en diferentes países, han tomado la iniciativa de redactar sus propios códigos de conducta. Como ejemplos podemos citar el Código de Conducta de la Asociación de Antropólogos Sociales de Nueva Zelandia; los Guidelines of Ethical Practice de la Asociación de Antropólogos Americanos de los EE.UU., entre otros. En esta misma línea, algunas organizaciones de investigación han desarrollado códigos parecidos para proteger los derechos de los investigados/as. Tal es el caso en AlMS (la Asociación para Mejorar el Servicio de Maternidad del Reino Unido) en que se ha redactado un nuevo Código para la Investigación Social.

En este contexto, los antropólogos, que son también personas de los pueblos originarios, están contribuyendo a todo el proceso de descolonizar las metodologías que usamos, para lograr un mayor respeto a los derechos de autoría de las personas con quienes trabajamos, y un mayor respeto por sus derechos intelectuales, biológicos y culturales.

Bibliografía

ARNOLD, Denise Y.

2000a "Hacia un nuevo mapa político del estado: una cartografía comparada (republicana y andina) de los límites Laymi-Puraka, Qaqachaka y Jukumani". Ponencia presentada a la Facultad de Arquitectura, Universidad Técnica de Oruro, Oruro, Octubre de 2000.

2000b "Guerreros y tejedoras: vías de modernización en la periferia y la violencia interétnica". Ponencia presentada al Seminario-Taller sobre el conflicto entre Qaqachakas, Laymis y Jukumanis, del 17 al 18 de febrero de 2000, organizado por el Ministerio de Justicia y DD.HH. y la Defensoría del Pueblo, en el Hotel Titicaca, La Paz, Bolivia.

2000c "La participación de la mujer en el proceso de reivindicación de los derechos indígenas en los Andes". Ponencia presentada al Taller, "El ayllu y sus autoridades: perspectivas de las demandas y el proceso organizativo indígena en los Andes de Bolivia", llevado a cabo del 19 al 21 de junio de 2000.

ARNOLD, Denise Y. y Juan de Dios YAPITA

1996 "La Papa, el amor y la violencia: la crisis ecológica y las batallas rituales en el linde entre Oruro y Potosí, Bolivia". En: Mama Melliza y sus crías: antología de la papa, pp. 311-371. La Paz: Hisbol e ILCA.

ARNOLD, Denise Y., Juan de Dios YAPITA

- y otros
- 2000 **El rincón de las cabezas: luchas textuales, educación y tierras en los Andes.** La Paz: UMSA e ILCA.
- E. ADAMSON HOEBEL
- 1954 **The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics.** Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- BOHANNAN, Paul
- 1969 "Ethnography and Comparison in Legal Anthropology". En: *Law in Culture and Society*. (ed.) L. Nader. Chicago: Aldine.
- COLLIER, Jane F.
- 1995 "Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica". En: V. Chenaut y María Teresa Sierra, *Pueblos indígenas ante el derecho*. México: CEMCA y CIESAS.
- DAES, Mrs Erica-Irene A.
- 1999 **Human Rights of Indigenous Peoples. Indigenous Peoples and their relationship to land.** Second progress report on the working paper prepared by Mrs Erica-Irene A. Daes, Special Rapporteur. United Nations High Commission on Human Rights. Sub-commission on prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Fifty-first session, Item 7 of the provisional agenda. E/CN.4/Sub.2/1999/18. 3 June, 1999.
- FERNÁNDEZ, Marcelo
- 2000 **La ley del ayllu. Práctica de *jach'a* justicia y *jisk'a* justicia (Justicia Mayor y Justicia Menor) en comunidades aymaras.** La Paz: PIEB.
- GEERTZ, Clifford
- 1983 "Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective". En: *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
- GLUCKMAN, Max
- 1969 "Concepts in the comparative study of tribal law". En: *Law in Culture and Society* (ed.) L. Nader. Chicago: Aldine.
- GUAMAN POMA de AYALA, Felipe
- [ca. 1613] 1989 **Nueva corónica y buen gobierno.** Codex peruvien illustré. Segunda edición facsimil. París: Institut D'Ethnologie.
- GRAY, Andrew
- 1997 **Indigenous Rights and Development. Self-Determination in an Amazonian Community.** Oxford: Berghahn Books.
- LOZA, Carmen Beatriz
- 1998 "Du bon usage del quipus face à l'administration coloniale espagnole (1550-1600)". En: *Population*, 1-2, 1998: 139-160.
- MAINE, Henry

1861 **Ancient Society.** New York: Dutton, 1960.

MALINOWSKI, Bronislaw

1926 **Crime and the Savage Society.** London: Routledge and Kegan Paul.

MARTÍNEZ COBO, Miguel Alfonso

1999 **Human Rights of Indigenous People. Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and Indigenous populations.** United Nations High Commission on Human Rights. Sub-commission on prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Fifty-first session. Item 7 of the provisional agenda. E/CN.4/Sub.2/1999/20 222 June 1999.

MATURANA, Humberto R. y Francisco J. VARELA

1981 **Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living.** Boston Studies in the Philosophy of Science, Vol. 42. Boston: D. Reidel Publishing.

MOORE, Sally Falk

1969 "Descent and position". En: **Law in Culture and Society.** (ed.) L. Nader. Chicago: Aldine.

STAVENHAGEN, Rudolf

1997 "El marco internacional del derecho indígena". En: M. Gómez (comp.) **Derecho Indígena.** México; INI, NN.UU.

«EL AZ MAPU O SISTEMA JURÍDICO MAPUCHE»

Juan Sánchez Curihuentro¹



I.- Palabras Preliminares.

El Pueblo Mapuche, tiene una cosmovisión propia. Los elementos centrales de esta cosmovisión han sido transmitidos oralmente de generación en generación desde tiempos inmemoriales. Si bien es cierto que existen diversos trabajos que abordan el tema de la cultura del Pueblo Mapuche, éstos en su mayoría han sido elaborados por investigadores no mapuche; reflejando la forma en que desde la perspectiva occidental, y de acuerdo a los paradigmas e interpretaciones occidentales, se ha interpretado y entendido el mundo mapuche.

El Estado de Chile y la sociedad chilena desconocen la diversidad del Pueblo Mapuche y su relación con la sociedad mayoritaria. En el ámbito de la aplicación de justicia esta situación es y a sido fuente de constantes conflictos. Conflictos que de alguna forma el Pueblo Mapuche ha enfrentado y enfrenta a través de un proceso de constante síntesis dialéctica entre dos mundos y dos culturas distintas que coexisten al interior de la sociedad chilena, y que muchas veces, en el ámbito de la aplicación de justicia - para los mapuche - funcionan paralelamente.

Este trabajo sustenta la tesis de que es imposible entender el mundo mapuche sin asumir la diversidad y sin comprender la forma particular que el mapuche tiene de ver y explicarse el mundo que le rodea.

En el Chile contemporáneo, ya no es posible seguir negando la diversidad, haciéndose cada vez más evidente la necesidad de un urgente y serio debate respecto del tema de la multiculturalidad y la diversidad de la sociedad chilena. En este contexto algunos de los cuestionamientos básicos son el derecho de los Pueblos Indígenas, entre ellos el Pueblo Mapuche, a ser reconocidos constitucionalmente, la necesaria aprobación e incorporación al ordenamiento jurídico chileno del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la autonomía en el territorio mapuche.

Se hace necesario, como punto de partida, entender al Pueblo Mapuche y los paradigmas sobre los que se fundamenta su propia explicación del mundo que le rodea. El presente trabajo da a conocer, desde la propia perspectiva mapuche, los aspectos centrales básicos del Sistema Jurídico Mapuche; la cosmovisión Mapuche y los relatos del Logko de Huilio respecto de tres casos resueltos desde la perspectiva de la cosmovisión mapuche², que nos muestran cómo - desde el mundo mapuche - se realiza la síntesis de la diversidad.

¹ Investigador Mapuche, proveniente del Lof Huilio, en la actual comuna de Freire, IX Región de la Araucanía.

El autor pretende, con la entrega de estos contenidos, aportar la visión mapuche a la necesaria discusión - desde el mundo jurídico y antropológico - de la aplicación de una justicia más accesible y más comprensiva de la diversidad, particularmente mapuche, en la sociedad chilena contemporánea.

II.- Conceptualización del Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche.

El Pueblo Mapuche, antes de la llegada de los españoles y de la creación del Estado Chileno, tenía una organización socio política propia y una completa estructuración territorial; inserta en un todo universal, con divinidades y potestades que sancionaban moralmente el derecho sobre el cual se debía vivir en armonía con la naturaleza - animal - mineral - vegetal y humana. En la actualidad, muchas de éstas prácticas han ido perdiendo regularidad, sin embargo los elementos centrales del Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche³ aún permanecen al interior de las comunidades.

En la configuración cósmica del Universo Mapuche se diferencian tres planos: el Wenu Mapu o Tierra de Arriba - el Nag Mapu o Tierra de aquí, en la que vive el

hombre y la naturaleza - el Minche Mapu o Tierra de abajo. Es en el Nag Mapu en donde nace la ley, esta ley está contenida en un código o compendio que desde el mundo mapuche se denomina Az Mapu; en mapunzugun⁴ significa, *Azküleal taiñ mogen, taiñ mapu egu*, esto es, estar bien, en armonía con el ser interno y con todas las fuerzas que rodean al hombre en su entorno natural y cósmico.

El Az Mapu expresa las normas de conducta, tanto individuales como colectivas, que debe observar el mapuche para mantener la armonía cósmica. Es la esencia del ser, la imagen y semejanza de la naturaleza Mapuche; señala el poder hacer y no hacer y la manera en que se deben hacer las cosas, de tal forma que si no se hace lo que hay que hacer, se hace lo que no se debe hacer, es decir, si se hace algo en forma indebida se romperá el equilibrio cósmico en que vive el hombre y el Pueblo Mapuche. De esta misma forma, una vez que el equilibrio está roto, existen posibilidades de enmendar el error que llevó al rompimiento - ello también está dicho en el Az Mapu - a través del principio de la reciprocidad, uno de los valores fundamentales de la cultura mapuche. De ahí que el hacer justicia en la cosmovisión mapuche equivale entonces a restablecer el equilibrio cósmico.

El Az Mapu o Sistema Jurídico del Pueblo Mapuche se refiere a todos los aspectos de la vida mapuche, desde el punto de vista del derecho occidental y haciendo

² Los casos que se relatan son, Lhagümgechiche, el asesinato, año 1987; Weza Pütsem, la marihuana, año 1995; Elugenmu Kulliañ, el subsidio, año 2000.

³ Si bien la mayoría de los autores al referirse al sistema jurídico mapuche, lo hace con la denominación derecho consuetudinario, el autor difiere de esta denominación y lo denomina Sistema Jurídico Mapuche, toda vez que el derecho consuetudinario está en general en referencia a un ordenamiento específico en este caso el ordenamiento jurídico Chileno y por tanto debería obedecer a los mismos paradigmas y conceptos fundacionales.

⁴ Nombre del idioma mapuche, su significado desde la visión mapuche es: el hablar de la gente de la tierra.

una analogía con el Sistema Jurídico Chileno, el Az Mapu contendría la Constitución, Código Civil, Código Penal, Códigos Procesales, otros Códigos, todas las leyes, reglamentos, decretos y otras normas que componen el ordenamiento, con sus correspondientes reformas que van retroalimentando el sistema y adecuándolo al avance y desarrollo de los pueblos, entendiendo la cultura como un elemento dinámico en constante evolución.

Para el Mapuche cada una de sus actuaciones, tanto en el mundo social como en su relación con la naturaleza y con el mundo de los espíritus, está regulado por el Az Mapu. Este concepto del derecho y la aplicación de justicia en un Código Universal, que encierra en si mismo todos los aspectos de la vida mapuche, da cuenta de la orientación holística o sistémica del Pueblo Mapuche; siendo el reflejo de la forma en que este Pueblo se posiciona y se integra en el mundo que le rodea, como parte de un todo universal. La cosmovisión mapuche se funda en paradigmas distintos a los sustentados por el Estado de Chile y ello produce una incongruencia al momento de aplicar justicia en los casos concretos.

No es intención del autor efectuar un análisis del proceso histórico de la relación entre el Estado de Chile y el Pueblo

Mapuche⁵, afirmar sin embargo que el Estado y la sociedad Chilena desconocen la diversidad del Pueblo Mapuche y en el terreno de la aplicación de justicia esta situación es y a sido fuente de constantes conflictos. Conflicto, que de alguna forma, el Pueblo Mapuche a enfrentado y enfrenta a través de su proceso de constante síntesis dialéctica entre dos mundos y dos culturas que parecen muchas veces funcionar en paralelo. De esta afirmación dan cuenta los casos de aplicación del Az Mapu, en el Lof de Huilio, que se relatan mas adelante en este mismo artículo.

1.- Los elementos centrales de la Cosmovisión Mapuche contenidos en el Az Mapu

El Az Mapu es parte de la Filosofía Mapuche y responde a la totalidad y a la integridad cósmica. En él se plantea que los mapuche nacen de la tierra - viven en la tierra por un tiempo - y finalmente vuelven a la tierra; hay aquí una idea de ciclos, en los que la existencia humana se integra al sistema cósmico a través de un proceso mediante el cual los individuos rotan permanentemente, en periodos cíclicos, en la tierra; siendo el Az Mapu el que regula todos los ciclos de vida del hombre mapuche.

⁵ Respecto de este punto algunas de las obras, a juicio del autor, que exponen con claridad el tema son La Historia del Pueblo Mapuche, de José Bengoa, Los Mapuche, su estructura Social, Louis C. Faron, y en un plano mas cercano a la visión mapuche aquí planteada el libro recientemente publicado Recado Confidencial a los Chilenos de Elicura Chihuaif.

⁶ Winka, a través de la historia del Pueblo Mapuche ha tenido diversos significados, antes de la llegada de los Españoles, el Pueblo Mapuche fue sorprendido y repelió la invasión incásica, de ahí que a la llegada de los Españoles a estos nuevos invasores se les denominó Winka, palabra compuesta proveniente de *we* en lengua mapuche nuevo e *inca*, esto es el nuevo inca en el sentido del nuevo invasor, posteriormente se denominó igualmente así a los chilenos no indígenas y a raíz de los múltiples atropellos de éstos, esta palabra tuvo un sentido negativo asociando a la palabra *winküf*

Mapuche, en su traducción winka⁶ al castellano significa "gente de la tierra", sin embargo - para los mapuche - tiene un significado mucho más profundo, hace referencia a un ciclo vital, en que el hombre nace de la tierra, vive, transita, cuida, se alimenta y protege la tierra de la que nació y al morir vuelve a ésta.

La filosofía del pensamiento mapuche plantea que los mapuche son *Choyün*, brote, y *Lleqkeigün*, éste indica el lugar de nacimiento; se puede traducir desde la cosmovisión como "*nací de la tierra*", "*me parió la tierra*", o "*mi madre es la tierra de tal lugar*". En el marco de la lógica y el contenido del idioma, los mapuche son brotes de la tierra, por tanto son de esta parte de la tierra, del lugar donde la tierra los parió. El concepto tierra, en mapuzungun *Mapu*⁷, es el eje central de articulación de toda la filosofía Mapuche.

Para el Mapuche "hombre - tierra - naturaleza", constituyen un solo ser, por tanto el hombre no es el dueño de la tierra, sino por el contrario la tierra es dueña de los hombres; porque los hombres son los brotes, hijos de la tierra, de allí deviene el término *Ñuke Mapu*, madre tierra.

La cultura Mapuche considera cuatro poderes en la naturaleza: tierra - agua -

aire - fuego. Todas las expresiones culturales del Pueblo Mapuche se manifiestan y se estructuran sobre la base de estos cuatro elementos principales, también la estructura de sociedad propia del Pueblo Mapuche está basada en los cuatro elementos bases señalados. Ellos de alguna forma están representados en la estructura social, que a su vez, considera cuatro elementos centrales: territorio, estructura organizacional, pensamiento o filosofía, y sistema económico.

Estos elementos estructurales son los mismos comúnmente aceptados en toda sociedad considerada pueblo o nación. Ellos se relacionan y retroalimentan mutuamente, son interdependientes, de tal forma que si uno no avanza a la par de los otros existirá un desequilibrio en el conjunto de los elementos que componen el Pueblo, provocando una crisis a su existencia y sobrevivencia.

Podemos afirmar que la filosofía mapuche plantea la existencia de vidas pasadas, por lo tanto, la creencia en la reencarnación y en una misión exclusiva para cada período que al hombre le toca vivir. Existió en otra vida, le quedaron ciertos aspectos inconclusos en ella y debe volver a la tierra para completarlos; el pasado le está vedado, sin embargo puede acceder a él a través de los *Peuma*⁸, sueños. Esta es una primera aproximación a la filosofía y la cosmovisión mapuche.

de ladrón, pillo, engañoso por asalto, en la actualidad y es el sentido que se le da en este trabajo significa a todo aquel que no es parte del Pueblo Mapuche.

⁷ Mapu en su traducción literal al castellano es tierra, sin embargo el concepto conlleva un significado profundo que se analiza en el siguiente punto de este mismo trabajo.

⁸Peuma significa sueño, en el sentido de soñar. Los sueños tienen gran importancia para la comprensión del mundo y como guía de conducta.

2.- El concepto de Divinidad del Pueblo Mapuche.

La estructuración y explicación del universo del Pueblo Mapuche está dividida en tres espacios: el Wenu Mapu, la Ñuke Mapu y el Meli Witran Mapu.

El Wenu Mapu es el espacio celestial que está sobre nuestro planeta tierra, que para la cultura occidental se traduce comúnmente como cielo. Sin embargo esta traducción, al igual que lo que sucede con el término "*mapuche*"⁹, como con la mayoría de las palabras que se traducen sin una referencia cultural, es meramente indiciaria de su significado, un mero intento por explicar desde la lógica occidental lo que para esa lógica resulta inexplicable.

La concepción real del Wenu Mapu en el pueblo mapuche implica que arriba hay tierra, hay materia que conforman astros, estrellas, constelaciones. El Pueblo Mapuche, a través de sus antepasados descubrió que el espacio celeste está lleno de constelaciones y es una energía permanente dentro de la cual hay cuatro Esencias Divinas que configuran una sola fuerza positiva y que por semejanza, para entendernos, podemos llamar Dios. Estas cuatro divinidades a saber son: gen¹⁰ KUZE (Diosa Vieja), gen

FÜCHA (Dios Viejo), gen ÜLCHA (Diosa joven), gen WECHÉ (Dios hombre joven), estas cuatro divinidades forman la familia divina. Todas estas divinidades están autorizadas para ejercer la totalidad del Universo y forman parte de esta particular visión del mundo mapuche.

En el hombre mapuche está la copia de la totalidad del universo, esto es que cada hombre, cada mujer, cada niño, cada niña es en sí mismo un cosmos, es por ello que cuando una persona se enferma, es porque ha perdido el equilibrio cósmico respecto de los entes que conforman su naturaleza y para lo cual la Machi¹¹ está facultada a reponer el equilibrio perdido.

En el Wenu Mapu están las estrellas - Wagülen, la luna - Küyen y, el sol - Antü. Todos ellos han sido debidamente dibujados en el Kultrung; instrumento que es una réplica del cosmos.

La Ñuke Mapu - madre tierra, es el eje principal de la filosofía mapuche, es la totalidad y la síntesis que implica el hombre. La madre tierra tiene un elemental, una copia, así como cada mapuche tiene un Yo, que puede viajar en los peuma, de la misma manera la tierra o Ñuke Mapu, tiene un ente igual, al que el mapuche denomina figurativamente Wenu Mapu o tierra del arri-

⁹ Cuyo significado se explicó en un acápite anterior de este mismo artículo.

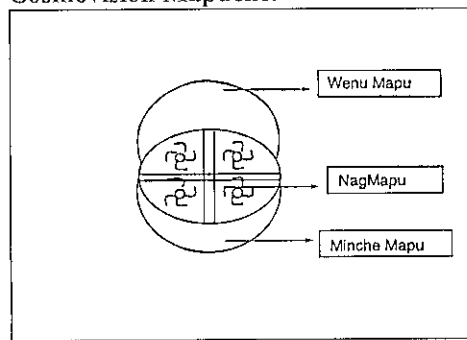
¹⁰ Gen significa dueño, en el sentido que tiene potestad sobre algo, así por ejemplo: ko en mapunzungun es agua, genko, es el dueño del agua, genmapu, es el dueño de la tierra, el gen es una manifestación de gnechen, no en el sentido de haber diferentes dioses sino una sola fuerza universal que se manifiesta en diferentes formas.

¹¹ Machi es quien se puede comunicar con los gen, es también la medica con especialidad en medicina general, Faron, L., en su libro Atupañamko, página 127 señala "se podría decir que la machi penetra en los lugares santos, comulga y es poseída por las fuerzas del bien por lo cual le es posible controlar las fuerzas del mal".

ba. Allí están las divinidades y poderes que fueron los autores de la creación y que constituyen la familia divina. De allí emerge la autoridad para sancionar el derecho "Si el hombre dice tener potestad en la tierra", el primer análisis es que Günechen - Dios, la entrego al hombre en potestad. El Az Mapu, enseña que esa potestad es primeramente al pueblo, a la comunidad, a los Aillarewe¹² y a los otros Pueblos, ello implica una cierta noción de jurisdicción internacional. Más allá de nuestro Wall Mapu¹³, existían otras naciones a las que había que respetar y con quienes relacionarse.

El Meliwitxan Mapu¹⁴, literalmente podría definirse como los cuatro puntos cardinales, sin embargo, este término tiene un contenido mucho más profundo y, hace referencia además al número de regiones en que se dividía el territorio y a la administración interna de cada uno de ellos.

3.- El Concepto De Territorio En La Cosmovisión Mapuche.



¹² Aillarewe estructura política, una especie de pequeño estado del Pueblo Mapuche.

¹³ Wall Mapu todo el territorio mapuche donde viven todos los estados o Aillarewe.

¹⁴ Meliwitxan Mapu, cuatro puntos cardinales.

Fig. 1: El territorio en la cosmovisión mapuche.

Los elementos que conforman la calidad territorial Mapuche son: El Wenu Mapu, el Nag Mapu y el Minche Mapu; el Wallontu Mapu hace referencia al funcionamiento cósmico de estos elementos en el universo (ver figura 1)

El Wallontu Mapu, indica el funcionamiento del universo, el *Kimün*, sabiduría mapuche, desde tiempos inmemoriales enseña que el mundo funciona circularmente y que la tierra tiene esa misma forma. Los antiguos Mapuche identificaron con claridad las galaxias, entre ellas, la que les muestra la vida y a la que denominó *kapūra*, cabra. Esta concepción del mundo da cuenta del amplio conocimiento que desarrolló el Pueblo Mapuche con relación al Universo, los movimientos de la tierra, los astros y los planetas.

Nag Mapu, es el suelo o la tierra propiamente tal, en ella vive el hombre, la naturaleza y sobre ella actúan las fuerzas positivas del *Wenu Mapu*, y las fuerzas negativas del *Minche Mapu*. En este espacio se reproduce la vida terrenal, vida que tuvimos y tenemos expresada en otra dimensión y que es donde seguramente se van las almas que trascienden. En el Naq Mapu encontramos el Wall Mapu, que es el rededor, todo lo que constituía el territorio Mapuche. Es decir, desde que comenzaba hasta donde llegaba la tierra mapuche (ver figura 1).

El *Minche Mapu*, hace referencia a las tierras de abajo, la cosmovisión Mapuche

indica que en el Minche Mapu se generan las fuerzas negativas, productoras del necesario equilibrio en la gran dimensión del cosmos. Con esta definición completamos los tres espacios de la cosmovisión del territorio Mapuche.

Para los Mapuche la tierra - Mapu, no es lo mismo que para el winka. Para los mapuche la tierra es una unidad con todos sus bienes y riqueza (aire, suelo, agua y subsuelo); no existe en la cosmovisión Mapuche el concepto de división del suelo y el subsuelo, las aguas, las plantas, los animales y sus productos, son parte del territorio Mapuche.

4.- La Estructura Organizacional del Pueblo Mapuche.

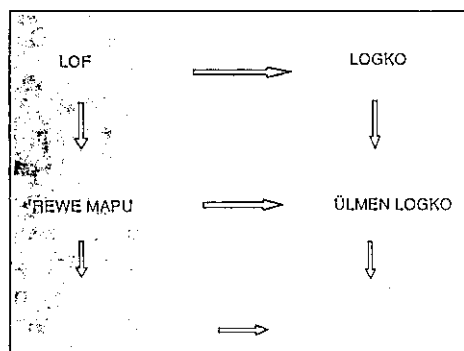


Fig. 2: La estructura organizacional del Pueblo Mapuche.

El Pueblo Mapuche generó sus propias condiciones, caracterizadas por la efectiva vigencia de amplios canales de participación y principios democráticos, sobre

los cuales estructuró una sólida organización social, basada en un espacio mínimo social y en una especie de federación de esa base social con otros entes similares, fundado en los grandes principios filosóficos del conocimiento Kimün y la sanción moral de principios éticos, que eran parte integral de la filosofía y la enseñanza.

La base social Mapuche se denomina Lof¹⁵ y en ella existe un líder natural denominado Logko¹⁶. El Logko es elegido según las creencias sagradas que entrega el Az Mapu.

Los Lof no eran entes aislados, por el contrario, lograban unirse por linajes patrilineales hasta un total de nueve Lof. La alianza de este espacio territorial se denominaba Rewe Mapu¹⁷. Entre los nueve Logko de cada Lof se elegía uno, el mejor, el más capaz para que liderara esta especie de región mapuche, y era denominado Ülmen Logko¹⁸. (Ver figura 2)

Por último los Rewe Mapu se volvían a asociar o federar hasta nueve Rewe o pequeño estado mapuche, que corresponde

¹⁵ Lof la estructura socio política más pequeña, que en la actualidad, en la visión winka, se le denomina comunidad.

¹⁶ Logko es el conductor político del lof. En la actualidad, la mayoría de las comunidades tradicionales mapuche cuentan con un Logko; menos común es la existencia de las otras autoridades tradicionales en que se estructuraba el pueblo mapuche aquí dadas a conocer.

¹⁷ Rewe Mapu la segunda estructura social político del Pueblo Mapuche constituido por hasta nueve lof.

¹⁸ Ülmen Logko es el conductor político cultural del Rewe Mapu.

a lo que hoy en los documentos de historia y literatura formal que conocemos aparecen como Fütalmapu o Aillarewe¹⁹. Estos Fütalmapu elegían a su vez un líder el cual era denominado Ülmen Fütxa Logko²⁰.

Esta estructura de organización del Pueblo Mapuche, como los otros elementos de la convivencia, permitieron darse cuenta que las normas de la vida ya estaban dadas en el Nag Mapu, por lo que para referirse a las leyes de convivencia se utiliza el Az Mapu.

En el aspecto económico, el Pueblo Mapuche tuvo y aún mantiene en parte, su propio sistema económico. Este sistema estaba normado por el Az Mapu, entre algunas actividades específicas se normaba allí el kelluwün, trabajo en conjunto, rukatun, construcción conjunta de la casa, ruka. Este sistema económico consideraba tareas para todos los integrantes de la familia, así por ejemplo, a la mujer le correspondía la organización de las necesidades familiares, planificaba la utilización de los recursos disponibles y, se dedicaba a pequeños cultivos, mientras el hombre cumplía un rol de proveedor a través de la caza, la pesca y la recolección.

¹⁹ Fütalmapu o Aillarewe estructura social político con funcionalidad de un Estado.

²⁰ Ülmen Fütxa Logko el conductor político cultural del Aillarewe o Fütalmapu.

²¹ Es necesario tener clara la diferencia entre la comunidad tradicional, que es la que aún rige de acuerdo a las normas del Az Mapu como se ha expuesto en este trabajo, y la comunidad funcional creada por la Ley 19.253, que no refleja lo que es la comunidad mapuche propiamente tal sino más bien ha sido constante fuente de conflictos. Aylwin, haciendo un aná-

III - Relato de algunos casos resueltos de acuerdo al Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche en el Lof de Huilio.

Se exponen a continuación tres casos resueltos de acuerdo al Az Mapu en el lof de Huilio, ubicado en la comuna de Freire, IX Región de la Araucanía. Una de las características de este lof, es que allí aún rige en gran parte la comunidad tradicional²¹ con sus autoridades según lo establece el Az Mapu. Existe y es respetada la figura tradicional del Logko, él conduce la aplicación de justicia y todas las demás ceremonias tradicionales de la cultura.

Los casos relatados corresponden a la comunidad Carriman Sánchez del Lof de Huilio. Esta es una comunidad tradicional compuesta en la actualidad por 38 familias; de estas 38 sólo 34 tienen derecho de acuerdo a las normas del Az Mapu, toda vez que de las cuatro restantes, una es evangélica y no participa de la comunidad, y las otras tres se encuentran sancionadas, una de ellas se relata en este mismo artículo.

El Logko de la comunidad es don *Juan Bautista Sánchez Licanqueo*. El autor de este artículo realizó una serie de entre-

lisis de este tema en su libro "Materializaciones y Conflictos. Aplicación de la Ley 19.253 en el Territorio Mapuche (1996 -- 1997)", página 93 señala: "no son pocos los casos de comunidades histórico culturales mapuche que en base a esta norma se han fragmentado en dos o hasta tres comunidades legales, generándose divisiones artificiales en su interior". Cabe además hacer la precisión de que, cuando el Lonko al que se entrevista en este artículo se refiere a la comunidad, lo hace en relación a la comunidad tradicional y no a la comunidad funcional creada por la ley.

vistas al Logko y a su grupo familiar en su domicilio. Durante estas entrevistas, el Logko relata casos concretos en los que le ha correspondido actuar aplicando el derecho y haciendo justicia de acuerdo con las normas del Az Mapu. Con su autorización, se dan a conocer a continuación tres casos ocurridos y sancionados en la comunidad Carriman Sánchez, del Aillarehue Huilio, tal y como los relató el Logko²².

1.- Lhagümgechiche, el asesinato

Este primer caso trata de un homicidio, que data del año 1987, ocurrido dentro de la misma comunidad y que afecta a dos grupos familiares emparentados. El hecho fue investigado, el hechor sometido a proceso, y sancionado por la ley winka; regresó a la comunidad una vez cumplida la condena; ésta a su vez lo sanciona de acuerdo al Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche.

Las palabras del Logko, relatan este caso de la siguiente manera: *"en el verano de 1987, el Txaitxaiko²³ mató a su conculado Antümañ²⁴ en una discusión. Lo denunciaron, por lo que fue tomado preso y estuvo tres meses en la cárcel de Temuco, luego llegó a la comunidad como si nada hubiere pasado"*.

Ante los hechos anteriores el Logko citó a reunión a la comunidad para acordar lo que harían al respecto: *"hicimos una reunión en la comunidad y en conjunto se acordó aislarlo durante dos años, a él y su*

familia".

Relata que el hechor no estuvo presente en la reunión, aún cuando se le citó, pero sí estuvo presente la familia. Señala que *"se incluyó a la familia en la sanción porque éstos - la familia- alegaron en esa reunión que a la comunidad no le correspondía hacer lo que estaba haciendo, o sea negaron el Az Mapu"*.

La sanción que se acordó por la comunidad fue cumplida por todos sus miembros, *"eso se cumplió y nadie durante ese tiempo lo recibió en ninguna casa, no se le saludaba cuando se cruzaba en el camino"*

Una de las sanciones frecuentes en el Az Mapu, es excluir a las personas, aislarlas de la comunidad, esto es una sanción grave desde el punto de vista de la cosmovisión mapuche, ya que todo el sistema de vida al interior de las comunidades es comunitario.

2.- Weza Pütren, la marihuana

El segundo caso que relatamos da cuenta de un problema que se relaciona con la migración desde las comunidades a la gran ciudad y, cómo los mapuche al llegar a otras ciudades rompen sus lazos con el Az Mapu, caen en conductas delictuales que incluso pueden llegar a afectar directamente a personas que están en las comunidades y permanecen absolutamente ajenas a las actividades de los emigrantes en la gran ciudad, afectándose mutuamente estos dos mundos que siguen funcionando bajo lógicas dialécticas distintas, pero que coexisten en el Chile contemporáneo.

²² Se han cambiado sin embargo los nombres a fin de proteger a los involucrados.

²³ Nombre ficticio que significa caída de agua.

²⁴ Nombre ficticio que significa cóndor luminoso.

"El hecho ocurrió en Santiago en el año 1995, cuando la Kagei²⁵ le sacó el Carné de Identidad a su tía la Feinu²⁶ con la que vivía en la gran ciudad. Con este Carné Kagei empezó a hacerse pasar por la tía, ya que andaba en malos pasos, vendía marihuana con otras personas de allá. Fue detenida y estuvo presa, claro que poco tiempo, parece que no estaba muy metida, después tenía que ir a firmar a la cárcel allá mismo en Santiago, pero ella no fue".

"El año 1996 detuvieron a la Feinu, o sea a la tía, sin saber ella porque, ahí estuvo detenida una semana y recién se enteró de lo que había pasado".

"Cuando Feinu salió de la cárcel, investigó bien y se vino de Santiago a la comunidad a conversar conmigo, me avisó lo que había pasado, por ella lo supe. A pesar de que ambas vivían en Santiago desde el año 1975, nunca perdieron contacto con la comunidad y ella buscó que aquí se solucionara el problema, no fue a la justicia winka"

Este caso refleja cómo en el fondo la cultura mapuche del Az Mapu, aún permanece en la conducta de la gente mapuche. Esta mujer, aún después de 20 años en la ciudad, en donde había constituido su familia y su vida tanto laboral como social y de relación, frente a un problema legal específico, y solucionable por la vía de la ley chilena, no acude a los tribunales de justicia,

sino que regresa a su comunidad de origen y busca la ayuda del Logko para solucionarlo.

"Cité primero a conversar a los papás de la Kagei, como no me respondieron bien, cité a reunión a la comunidad para dar a conocer el hecho"

"La comunidad se reunió, di a saber el hecho, el papá de la Kagei, se molestó mucho y dijo que él no tenía que ver con esto, que el vivía bien y no le interesaba lo que hicieran sus hijos fuera de la comunidad. No se tomó ninguna medida contra la Kagei, la sanción fue llamarle la atención a la familia que ordenara a sus hijos y aconsejar a todos que no podían hacerse daño entre familia, el papá de la Kagei, dijo que no le importaba, que el estaba bien, fue bien tajante, le dolió pero actuó así, pero igual le quedó la vergüenza, eso lo mató, eso lo dejó mal con nosotros, en el fondo tenía sentimiento, no lo decía pero tenían sentimiento todos ellos, la familia, y hasta ahora porque no se entregan, son así, así no más, simplecito pero no de fondo tienen mas confianza con otros"

El Logko relata a continuación que ha habido algunos problemas de marihuana en la comunidad, y señala que *"eso es más rentable para algunos, por eso lo hacen. Pero esa gente no participa en la comunidad y por eso no se puede hacer mucho frente a este problema"*.

3.- Elugenmu kulliñ, el subsidio

Dada la situación de pobreza del Pueblo Mapuche, el Estado de Chile a impulsado diversas formas de ir materialmen-

²⁵ Kagei. Nombre ficticio que significa mujer extranjera, incomprensible

²⁶ Feinu. Nombre ficticio que indica a alguien que no es responsable de lo que se le acusa.

te en su ayuda. Una de ellas es el Subsidio, que cumplidos ciertos requisitos otorga el INDAP, Instituto de Desarrollo Agropecuario. Es en este contexto donde se sitúa el tercer caso que relatamos, ocurrido en la comunidad Carriman Sánchez del Lof de Huilio, en el año 2000. Este caso da cuenta de la forma en que desde la particular visión del mundo mapuche se acogen los beneficios estatales y, cómo éstos pueden tener consecuencias insospechadas desde el punto de vista de la cultura occidental, que afectan directamente la estructura dinámica interna de las comunidades.

El Logko de la comunidad Carriman Sánchez, nos relató este caso en la siguiente forma: *"el año 2000 para no tener problemas en la comunidad acordamos en una reunión que todos los que recibiéramos bonos del INDAP, se juntaría la plata para comprar fertilizante y semillas los que se repartiría entre las 35 familias que tenían derecho en la comunidad"*.

Todas las familias postularon al subsidio y sólo 15 fueron beneficiadas con los bonos, que ascendían a la cantidad de \$ 100.000 (cien mil pesos) cada uno. Al respecto relata el Logko: *"recibimos en total 15 bonos, pero sólo 14 personas entregaron los cien mil pesos, ese no era el acuerdo, pero con la plata que se junto compramos lo acordado y eso lo tuvimos que repartir entre los 34 familias que quedaron"*.

Frente a esta situación la comunidad

se reunió y acordó la sanción para el infractor, esto es, la persona que no entregó el bono recibido: *"se expulsó a Petxekiñ²⁷ de cualquier beneficio que pueda llegar a la comunidad hasta que él no de una explicación y reintegre²⁸ aunque sea parte de esos recursos"*. Esta sanción le fue comunicada, sin embargo nunca se ha acercado al Logko ni ha manifestado algún interés por reintegrarse a la comunidad.

Esta sanción está en proceso de cumplimiento, el involucrado vive en la comunidad pero está excluido de toda actividad comunitaria: *"se le expulsó de la comunidad como socio por haber traicionado su comunidad y el compromiso no era así, el compromiso era, por ejemplo, si yo saqué subsidio de cien mil pesos lo entrego, y cuando todos entregamos todos teníamos que repartirlo a todos por igual"*, acerca de las motivaciones de esta conducta el Logko señala que *"él tiene una jubilación por parte del Estado, así es que poco le interesa participar en la comunidad"*.

²⁷ Nombre ficticio. *Petxekiñ* que significa hombre pequeño, enano.

²⁸ El subrayado es nuestro, cabe resaltar la palabra utilizada por el Logko, reintegre, indica que estos dineros a diferencia de lo que plantea la fundamentación de su existencia desde la cultura no mapuche que le da un carácter individual, para la cultura mapuche tiene un carácter colectivo, de esta forma, aquel que no entregó el subsidio está cometiendo la falta al apropiarse individualmente de un bien colectivo.

Bibliografía

AYLWIN, J., (2000). "Materializaciones y Conflictos. Aplicación de la Ley 19.253 en el Territorio Mapuche (1996 – 1997)". Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco – Chile.

BENGOA, J. (1996). "Historia del Pueblo Mapuche". Sur Ediciones, Santiago, Chile.

CHIHUAILAF, E. (1999). "Recado Confidencial a Los Chilenos". LOM Ediciones, Santiago, Chile.

FARON, L.. (1969). "Los Mapuche, Su Estructura Social". Instituto Indigenista Norteamericano. México.

FARON, L.. (1997). "Antüpaiñamko. Moral y Ritual Mapuche". Colección Pueblos Originarios. Ediciones Mundo, Santiago – Chile.

Ley 19.253, Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, publicada en el Diario Oficial de Chile, el 05 de Octubre de 1993.

SALAMANCA, M. (1999). " El Límite a la Protección de las Tierras Indígenas de la Ley 19.253". En Cultura, Hombre y Sociedad. Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche. Volumen Especial Nº1, 1999. Centro de Estudios Socioculturales - Universidad Católica de Temuco.

FUENTES PERSONALES

JUAN BAUTISTA SÁNCHEZ
LICANQUEO, Logko comunidad Carriman
Sánchez, Huilio

JUANA SÁNCHEZ ÑANCO, Fallecida en el
año 1994 a los 96 años, hija menor del logko
Carriman Sánchez.

«MODOS DE ARTICULACIÓN ENTRE UNA EXPRESIÓN DE DERECHO CONSUETUDINARIO MAPUCHE Y EL DERECHO CIVIL EN LA IX REGIÓN¹»

Teresa Durán P.²
Noelia Carrasco H.

Problema antropológico

Este trabajo aborda las temáticas de relaciones intraétnicas e interétnicas, relativas a la convivencia social, en sectores indígenas mapuche rurales contemporáneos.

Desde el CES de la UCT, un grupo de antropólogos, hemos establecido contactos con población mapuche durante los últimos diez años en el campo de las relaciones interétnicas, estudiando y difundiendo información en torno a la problemática de cómo el Estado chileno se ha relacionado con este pueblo, particularmente en lo legislativo, en lo educacional y en lo económico. Al mismo tiempo, hemos intentado comprender los modos a través de los cuales la población mapuche establece diversas relaciones con la sociedad nacional, sea en calidad de miembro de una sociedad que se asume diferenciada étnicamente, sea autoconciéndose como campesina chilena. De este modo, hemos podido comprender la perspectiva cultural que orienta los diversos tipos de relaciones. Estos contac-

tos no han sido sólo para efectos de realizar nuestros estudios, cómo ocurrió en la década precedente, sino que han permitido abordar en conjunto problemas relativos a la salud, a la economía, al derecho, en los cuáles el propio antropólogo se asume incapaz de resolverlos, precisamente, porque existe un ámbito estructural en las relaciones, sustentado por un proceso histórico de relaciones, que no permite ser superado por los individuos; depende de cambios profundos en el estilo de relaciones, por parte de las instituciones nacionales, para abordar de un modo culturalmente pertinente dichos problemas. Mientras tanto, un porcentaje importante de población mapuche está aceptando más y más el estilo nacional, e incluso pareciera que efectivamente lo estuviera asumiendo como suyo. Pudiera ser éste el caso que se nos planteó en el sector oeste de la comuna de Nueva Imperial desde donde surgió la voluntad de asumir un estudio conjunto en torno a cómo se está dando la convivencia social al interior de las comunidades. Las expresiones variadas en que fue solicitada la intervención antropológica fueron:

¹ Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio. Marzo 13-17-2000 Arica-Chile

² Teresa Durán es antropóloga, Directora del CES - UCT; Noelia Carrasco, antropóloga, miembro del CES - UCT.

¿por qué alguna gente nuestra no aceptó civilizarse, del modo en que lo hemos hecho nosotros, y sigue creyendo que pueden hacer lo que quieran, y sobre todo vivir a costa de los demás?

Si alguna gente no tuvo tierras para trabajar, viéndose obligada a quitarle a los demás lo que necesitaba,

¿porqué ahora las familias, no tratan de que esa mala costumbre no se repita?

Aunque el propósito último de la demanda apuntaba a valorar un estilo de convivencia respecto de otro que se estimaba inadecuado, los términos del acuerdo se establecieron de modo de realizar una indagación amplia que pudiera captar las razones diferentes que cohabitan en el sector en torno a cómo vivir la vida, así como conocer las estrategias usadas por cada grupo para implementar su estilo. Dentro de éstas, las más relevantes fueron la participación de las fuerzas policiales; y en lo más general, el papel que ha jugado el derecho civil y penal en el proceso, que ha juicio del estilo demandante, era «engorroso e ineficaz... aun favorecedor de los delincuentes». Porque, en efecto, se trataba de la pugna entre un sector que defiende la propiedad, la tranquilidad y el orden, y otro, que se caracteriza por cometer robos, violaciones, atropellos diversos a la gente.

¿Se trataba de una simple controversia entre «buenos» y «malos», y entre «delincuentes» y «gente honesta», como pudiera darse en cualquier sector del país? ¿O estamos frente a un problema jurídico - antropológico relativo al estilo de asentamiento reduccional al que los mapuche se vieron forzados desde fines del siglo pasado?

Postulamos que esta problemática

influye y forma parte del proceso de modernización de la sociedad indígena, de cómo el modelo de desarrollo se vive en las comunidades, así como de la forma en que la sociedad nacional interviene a través de la sanción legal de tales conductas, desconociendo contextos históricos y socioculturales.

En la perspectiva antropológica, nos parece que el problema social permite aplicar acercamientos teóricos pertinentes para comprender la complejidad sociocultural en contextos multiculturales. La interpretación dinámica de la relación entre el mundo social y cultural, en procesos históricos también demandantes de toma de decisiones intra y extra comunitarias, constituye el aporte que la antropología puede hacer con las respectivas implicancias socioculturales y jurídicas.

Las conductas definidas hoy día como “delincuencia”, nos parece que justifican el análisis antropológico, a lo menos por dos razones: en primer lugar, porque permiten entender las transformaciones sociales intra sector, y los matices que éstas han adoptado entre la categoría social más amplia – en este caso indígenas – lo que a su vez concierne a la temática de la identidad sociocultural y étnica; y luego, por la posibilidad de modificar la intervención que históricamente la sociedad externa y sus instituciones socioculturales han tenido en el asentamiento y actual condición de los pueblos indígenas al interior de las sociedades nacionales, particularmente a través del derecho y la acción judicial.

En el primer ámbito, las preguntas que orientan la indagación antropológica son: ¿cuál es el simbolismo y la justificación de las prácticas sociales orientadas a la defensa de un modelo de civilidad proyectado al interior de las comunidades mapuche?, ¿cuánto refiere este simbolismo y práctica a un pasado indígena mapuche, y cuánto se aleja de él?, ¿a qué imagen societal apunta este simbolismo y práctica judicial? Del mismo modo, ¿qué simbolismo y práctica etnológica sostiene el comportamiento reiteradamente orientado a transgredir un modelo civilizatorio? ¿el modelo mapuche, el no mapuche, o ambos?

Las hipótesis que permiten sostener la etnografía hasta aquí realizada afirman que:

- En tanto las comunidades indígenas no conforman entidades estáticas ni homogéneas, los procesos de sedentarización forzada acentuaron las diferencias entre los individuos y familias respecto de las nociones y prácticas en torno a la propiedad, las relaciones sociales y los valores culturales.
- La práctica y el simbolismo de los modelos societales en torno a los cuales hoy día se articula la coexistencia intraétnica, sólo puede ser explicable, en relación al trasfondo histórico, sociocultural y político pre-existente a la vida social actual de las comunidades; en otras palabras, los modelos que emerjan son de naturaleza etnológica.
- La vía policial y jurídica que actualmente opera, no es capaz de resolver por sí misma la beligerancia entre los modelos civilizatorios opuestos, tanto por la evolución inconclusa de un gobierno

sociocultural propio, basado en los valores tradicionales y/o incorporados, como por una integración sólo formal de las comunidades a la sociedad nacional.

Pretendemos abordar aquí las tres hipótesis señaladas de un modo preliminar, ya que aún carecemos de los aportes complementarios de un derecho civil interesado en la temática de la resolución de conflictos.

Antecedentes tempranos

La historia mapuche, presentada por los propios mapuche, no ha sido escrita aún. Las visiones de la historia mapuche con las que contamos, son parceladas y no han sido corroboradas por los actores involucrados. Se advierten dificultades intrínsecas en la reconstrucción de la historia a través de los actores contemporáneos. No obstante lo anterior y desde una mirada antropológica, es indudable que lo que hoy día denominamos sociedad mapuche, procede de una sociedad pretérita que se fue constituyendo en el tiempo y en el espacio, a través de la influencia de otros pueblos y civilizaciones, y de la propia creatividad de los sujetos históricos para resolver las cuestiones básicas concernientes a toda sociedad: la constitución del colectivo, la relación con la naturaleza, el planteamiento y acercamiento a las preguntas fundacionales del hombre y del universo, y los proyectos de futuro (Vidal, A: 1999; Boccara, G: 1999; Flores, J: 1999).

Para Boccara (1999), es un error homologar los etnónimos araucanos y mapuche "... la palabra mapuche no aparece sino hasta la segunda mitad del siglo

XVIII, en cuanto al término araucano, sabemos que hace referencia a los grupos que vivían en la parcialidad de Arauco, y que por lo tanto no abarcaba a la totalidad de los indígenas del centro Sur de Chile. El único término que aparece en la documentación temprana para calificar de manera general a los indígenas del territorio llamado Araucanía, es el de *reche*, que significa “hombre auténtico o verdadero” (p. 427). Para este autor, el conjunto étnico mapuche es consecuencia de un profundo proceso de transculturización, en la que las relaciones interétnicas e intraétnicas no están ausentes, así como tampoco las nociones de estructura de guerra y de sociedad, en que los actores se vieron involucrados a participar y resignificar. La tesis última de este autor, es que es posible identificar un proceso de transformación en todo conjunto colectivo, excluyendo la condición de constituir Estado como factor sine qua non de la constitución de la sociedad. Para nosotros, si los mapuche no llegaron a constituir un Estado, como lo hicieron otras sociedades, no por eso dejan de constituir sociedad y vivir los procesos normativos y reguladores que la vida social exige.

El aporte de Flores (1999) desde una mirada histórica, es haber establecido la diferencia de lógicas y, entendemos racionalidades, entre las prácticas y simbolismos hasta mediados el siglo XIX por parte de los mapuche, y aquella otra diseñada “desde el discurso liberal moderno, que se proyecta y hegemoniza a través del Estado nación Chileno” (p. 215). Lo más pertinente de este aporte, para nuestro argumento, es haber demostrado la existencia de

un plan político, territorial, económico y cultural, implementado por la sociedad mapuche de la época, y que Flores denomina la “Araucanía mapuche”, diferenciándola de la “Araucanía chilena”, específicamente planeada por el gobierno y cuya administración fue posibilitada por el ejército chileno a través del proceso de ocupación de la Araucanía (p.217). La tesis principal de este autor, es que la “chilenización o nacionalización” del territorio mapuche, no está del todo consumada (p. 218).

Vidal, por su parte, demuestra que la sociedad mapuche de los siglos XVII, XVIII y XIX, se estructuró en base a las relaciones de parentesco, a partir de las cuales se construye una densa estructura social, que permite el asentamiento y la ocupación de un territorio, así como la gestación y el mantenimiento de complejas formas de interrelación orientadas a construir cultura y modelos civilizatorios. Estos niveles eran diametralmente opuestos a los propios de la sociedad conquistadora y colonizadora. Para el siglo XIX, el autor señala que “... los mapuche no tenían ninguna de las categorías propias de la economía occidental de la época, como propiedad privada, renta, arriendo, venta de la tierra, etc. Los mapuche no se sentían vendiendo la tierra, porque para ellos la tierra no era posible de vender, la tierra era algo dejado por los antepasados y los seres sagrados mapuche, para la reproducción en el tiempo, hasta siempre, y no podía ser propiedad privada de grupos o individuos” (en prensa, marzo 2000). Las nociones propiamente mapuche de propiedad estaban mediadas por concepciones religiosas; de aquí que la ocupación del territorio

era tan importante, y al mismo tiempo el uso, tanto para fines sociales como ceremoniales. Es en este contexto donde se habrían expresado las últimas bases del mundo mapuche, antes de la invasión del sistema reduccional. De este periodo, provienen por tanto los cimientos de la memoria ideográfica mapuche: las concepciones de persona, el consenso en las normas del vivir bien y vivir tranquilo, las mediaciones legitimadas para enfrentar los conflictos sin romper el sistema integrativo, etc.

Antecedentes del siglo pasado

Existe abundante bibliografía acerca de la constitución del Estado chileno, así como de la desestructuración de la sociedad mapuche pre -- reduccional (Leiva, A: 1984; Bengoa, J: 1985; Foester y Montecinos: 1993). La interpretación más recurrente es que en el marco de la violencia y despojo de la propiedad vivida en la zona desde la constitución de las comunidades, los mapuche habrían respondido de distintas formas; a nivel de la movilización social luchando por la tierra, a través de demandas institucionales por la obtención de recursos y servicios del Estado, y a través de una dinámica de movilizaciones desde las comunidades, enfrentándose al mundo *winka* en el contexto de instituciones como el *cuatrerismo* y el *atropello* a la propiedad privada. En este último tipo de movimiento, es la policía y los propietarios agrícolas quienes habrían recibido la *contraofensiva* mapuche. Foester y Montecinos (1993), por ejemplo, proporcionan abundantes datos acerca de cómo habría ocurrido este último tipo de confrontaciones, desde los años 30

hacia delante. A través de los registros del diario local de la Araucanía, se perciben escenarios en los que grupos importantes de indígenas -- hombres y mujeres --, "armados de hachas, piedras, fierros, palos", habrían hecho frente a fuerzas policiales que intentaban hacer justicia en terreno mapuche, a los *atropellos* a la propiedad, supuestamente cometidos por individuos mapuche (ob. cit, 191- 193). El registro de esta data permite visualizar una controversia entre la conducta individual mapuche, la propiedad privada establecida en el territorio, la defensa y protección por parte del Estado de esta propiedad, y la solidaridad mapuche respecto de los actos punitivos derivados e implementados por parte de la autoridad policial.

En el año 1935, según esta fuente, "se re editaron las *beligerancias* entre policías y mapuche en la región...". En el lugar de *Rüplikura*, "*cuna del cuatrerismo -- como lo definía el Diario Austral -- y según la versión de Carabineros, se sostuvo una lucha...*" a raíz del robo de un buey y un caballo, y mediando una orden judicial. En este contexto, los "*carabineros*" -- policía- aparecen denominados como los verdaderos guardianes del interés privado, en representación de la sociedad nacional.

El escenario descrito ha sido interpretado en el marco de las relaciones *interétnicas winka -- mapuche*, y mediando un proceso de *usurpación* y *despojo* tan notable, como lo fue la ocupación del territorio mapuche por el Estado (ob. cit).

Antecedentes etnográficos actuales

El sector de donde emana la base empírica se denomina Rüpükura, que en lengua mapuche quiere decir “camino de piedra”; este es un nombre descriptivo de la geoeología del lugar, ya que el asentamiento humano se localiza al borde de un camino construido entre un cerro y un río.

La población actual de Rüpükura, desde una perspectiva etnológica, parece representar un tercer asentamiento humano en el sector, habiendo existido, a lo menos otros dos asentamientos pre reduccionales, sin lazos reconocidos de continuidad con el contemporáneo.

Las tres comunidades involucradas en el presente estudio, alcanzan un total aproximado de 200 familias, demográficamente heterogéneas, con presencia de todos los estratos de edad y género, y con marcadas ausencias derivadas de procesos migratorios – principalmente en el grupo de edad adulto joven. La población pre reduccional temprana protagonizó eventos bélicos y a su vez recibió los impactos del proceso de pacificación, a través de la dispersión de las familias extensas y de la llegada de otras, derivadas de los procesos de movilización y trashumancia inducida.

Desde un punto de vista demográfico y antropológico, la población así diferenciada, representa los cambios ya registrados en los sistemas de parentesco, economía, organización, religión, derivados del contacto y de la reducción del territorio y el cambio en el estilo de asentamiento (Vidal, 1999). Así, en la actualidad, se registran

matrimonios entre miembros de linajes distintos, pero asentados en el territorio de una misma comunidad, uniones derivadas del contacto inducido por las actividades sociales que han generado las sectas religiosas cristiano – occidental, instaladas con propiedad desde fines del siglo pasado. En forma paralela, una población importante se mantiene al margen de estos procesos y reproduce de modo directo o indirecto, patrones más tradicionales. Las corrientes de influencia más definitoria de la heterogeneidad sociocultural actual, arrancan de los procesos de secularización introducidos a través de las escuelas privadas religiosas, entre las cuales cabe destacar a las anglicanas y franciscanas. Al igual que en otros sectores de la Araucanía, estas corrientes se retroalimentan en la década de los 60, en que una influencia mucho más multifacética, se descarga sobre el contexto rural para acentuar el proceso de modernización e integración a la sociedad nacional. Aparece en escena la acción de organismos privados de desarrollo, ligados a sectores religiosos y al Estado, que abordan las áreas económicas, salud, educación, con nuevas manifestaciones de corrientes religiosas. El impacto de esta influencia se ha podido apreciar en el protagonismo que un sector importante de esta población ha venido asumiendo hasta el presente en estas áreas. Podría interpretarse este proceso como una etapa en la que el liderazgo más ideologizado en la concepción civilizatoria, busca condiciones para reproducir tal concepción en un escenario donde las corrientes todavía indígenas, continúan manifestándose, particularmente por las generaciones más adultas, y/o más comprometidas con estas tradicio-

nes.

En este marco surge, en 1962, la conformación de un Comité de Vigilancia, constituido por jóvenes y adultos adscritos a sectas religiosas, que asumen el resguardo del deber de respeto y práctica de un estilo de convivencia "civilizado", respecto de otro, que no podría calificarse como tal, y que ha sido asociado al de un estilo mapuche que se resiste al orden y al entendimiento.

¿De dónde proviene esta noción de orden y entendimiento? El registro etnográfico identifica dos corrientes; una, asociada al proceso civilizatorio y de sedentarización occidental, y la otra, al propiamente civilizatorio mapuche. En el primer caso, las nociones que justifican al Comité de Vigilancia son las de protección de una propiedad territorial y objetualmente delimitada, sanción al transgresor, valoración del espacio y tiempo de tranquilidad familiar y sectorial, apego al ideario filosófico del concepto de *che* y de una vida orientada al bien, en una lucha constante contra las fuerzas del mal (Quidel, 1999). En el segundo, las nociones orientadoras parecieran ser: la satisfacción de las necesidades, sin límite de tiempo, espacio y eventual propietario, y la valoración de un comportamiento libre de convenciones sociales y religiosas. Las asociaciones observadas de ambas corrientes son: en el primer caso, ciertas familias de las comunidades, iglesia y juridicidad urbana nacional; y en el segundo: ciertas familias constitutivas de las reducciones actuales en una actitud de resistencia cultural, reproducción de patrones religiosos mapuche y la vinculación con sectores ur-

banos marginales y proscritos de la justicia nacional. En el marco de estas orientaciones culturales se registran ya cuarenta años de interrelaciones y conflictos, tanto como de recreaciones y resignificaciones de patrones culturales, densamente imbricadas, pero que representan núcleos poblacionales diferenciados, entre los abiertamente opuestos y los observantes a "la ley y la justicia".

En tanto, los sectores externos más explícitamente involucrados son: la fuerza policial nacional, el sistema judicial público local, y de modo más implícito, la iglesia. Al parecer, el mundo del desarrollo no ha jugado un papel directo, y la antropología podría jugarlo, a petición de uno de los sectores, en una etapa de abierto desgaste frente a un problema insoluble.

El Comité de Vigilancia, denota una historia creativa e interpretativa de relaciones y de abordaje al problema de la diferenciación intraétnica. Inicia su labor haciéndose cargo de hechos de larga trayectoria en los sectores mapuche postreduccionales; **el abijeato y la violación de mujeres**. Como se indicó anteriormente, Rüpükura constituyó un sector de tránsito poblacional mapuche y no mapuche, que giró en torno a los asentamientos territoriales y a la propiedad de las masas ganaderas acumuladas hasta la primera mitad del siglo pasado. El ambiente sociocultural de pillaje, de robo de ganado, de defensa y de medidas de autoprotección, era característico de este periodo, no sólo en el territorio mapuche delimitado en Rüpükura, sino en el circundante, que a su vez fue escenario de procesos significativos en la ocupación de la

Araucanía y en la constitución de la sociedad regional. A través del tiempo, no obstante, cambian los contenidos de los estilos de conducta respecto de la propiedad y de la organización, y las formas a través de las cuales se sustenta la interacción. Así, el animal sigue siendo el bien máspreciado de la conducta en contradicción, habiéndose ampliado la gama de los objetos de hurto, incluyéndose hoy los electrodomésticos, las bicicletas, la ropa, etc.

El contexto actual, pareciera indicar que estamos frente a fenómenos distintos a los señalados en el acápite anterior. Se trataría de actos individuales, y/o de pequeños grupos, que disputan “bienes mapuche”, en territorio mapuche, con apoyo de fuerzas externas solicitadas por los sectores afectados. Ello indicaría que están involucrados procesos de “sedentarización” y “civilización”, como probable respuesta a los procesos anteriores. En otras palabras, si bien el comportamiento rural y urbano mapuche, aparece cuestionando la política integradora del Estado y de la iglesia, no ha podido evitar convertirse al presente, en su víctima, protagonizando luchas civilizatorias, al interior mismo del contexto mapuche.

Análisis e interpretación

Cuando ocurre un robo en Rüpükura, el impacto es notable, la información circula con rapidez. Las preguntas candentes son: ¿qué se robaron?, ¿quiénes andan metidos?, ¿hacia arriba y/o hacia abajo del río?

El último robo conocido fue el de un animal, que luego se recuperó. La gente dijo:

«se oyeron los disparos, esa es la seña que tiene el Comité de Vigilancia». En otras oportunidades los eventos son distintos, como ocurrió a fines de 1997, donde un miembro del Comité de Vigilancia solicitó respaldo social para apoyar una defensa en el Juzgado de Policía Local de la Comuna de Nueva Imperial. El y su esposa habían sido acusados de agredir físicamente a tres jóvenes que «habían pasado a preguntar» por el Jefe de hogar. En la entrevista que se sostuviera con el juez, pudimos advertir que los casos por agresiones físicas y riñas no eran escasos y en varios de ellos aparecían implicados miembros del Comité de Vigilancia. Por parte del representante de la ley, esto era como habitual entre los mapuche «que viven peliándose», declaró tener constancia de casos increíbles y muchas veces quedarse perplejo sin entender por qué esta gente era así». Agregó que finalmente aplicaba la ley «como a él le parecía, sin contar con condiciones para asegurarse de que estaba aplicando justicia o no». Indagando en terreno qué había pasado, obtuvimos la versión de que los tres jóvenes en referencia habían ido a la casa del dirigente, sabiendo con certeza que él no estaba y en horas inadecuadas, y que era obvio que lo hacían para provocarlo, en vista de una denuncia por robo que esta les habría hecho en Nueva Imperial. La persona consultada argumentó que estos jóvenes se comportaban así «desde siempre y que no había que creerles nada y aún defenderse de inmediato»; precisamente al ser invadida en su hogar y conminada a dar una respuesta ella, los agredió con una herramienta de trabajo, motivo por el cual estos jóvenes habían ido a poner la denuncia a Nueva Imperial en su turno.

Hasta el momento, la información más abundante proviene de los miembros del Comité de Vigilancia. En el debate continuo en el que ellos se encuentran, han cambiado de estrategias, variando también el número de los participantes, lo que **revela la existencia de otros**, que aunque no explicitan su pensamiento, o sólo lo manifiesta parcialmente en los juicios, parece permanecer en un silencio activo hasta el presente. Estos otros son: por un lado, los que aparecen implicados en los actos impugnables, y por otros, los observantes. Mientras los últimos en general han permanecido sin explicitar de modo público su pensamiento, la etnografía permite hipotetizar que ellos representan «el derecho consuetudinario genuino», aquella forma de concebir el orden social enmarcado en el cumplimiento de normas y valores asentados en lo más profundo del estilo de vida mapuche pre-reduccional o autónomo; en este ámbito, operan por ejemplo, los derechos y deberes de los miembros de cada familia, en sus respectivos roles. La evaluación de la actuación de los miembros en el entorno del colectivo del lof - sea en relación a los mismos presentes como en relación a los antepasados, etc. En este plano, se sitúa la sanción que se otorgó, por ejemplo, a una mujer que rompió las normas pre establecidas en relación al matrimonio, fugándose con el hermano de su esposo, construyendo su vida fuera del lof por un periodo de 15 años. Cuando el adulterio fue público, la comunidad entera, con la participación del lonko tradicional, exigieron la salida de la pareja. Este hecho venía a corroborar el sentimiento de la comunidad de que el comportamiento de la mujer había

atentado en forma reiterada la norma social, pues además del adulterio, había tenido hijos fuera del matrimonio. El regreso de la pareja sólo fue posible tras la intermediación del lonko tradicional mediante un convenio de nueva inserción en la comunidad. En este ámbito finalmente, opera la sanción social en contra de actos sancionables en el mundo exterior, como por ejemplo la cárcel. Este sector contrapone la lógica consuetudinaria y la funcional sancionadora de la junta de vigilancia.

La etnografía que se requiere por tanto, es una de develamiento de esos otros, y de su interrelación. Entendemos que este contexto de interrelación debe hacerse, por una parte, desde el marco teórico apropiado, que en este caso nos parece que es el transaccional (Stuchlik, M., 1999; Holy, L., 1986; Milton, K., 1999), y por otra, para efectos de la intervención, mediante acercamientos interculturales. Sospechamos que la identificación de unos y otros podría develar procesos constitutivos del asentamiento mapuche primario de la región, así como la recreación actual de tales grupos y relaciones. En el diagrama siguiente se representa esta interrelación propia de la historia contemporánea:

Nos parece que este enfoque es importante para la antropología y el derecho, en la medida en que abarca distintas facetas del proceso de incorporación al sistema de vida nacional, considerando antecedentes etnológicos constitutivos del ser mapuche en el mundo reduccional contemporáneo.

¿Cómo se aplica justicia actualmen-

te?. Los antecedentes indican que los procedimientos judiciales operan sobre un hecho aparentemente comprobado o comprobable con intencionalidad explícita o no, pero sobre la base del predominio de una cultura común al delito, la europea - occidental. Por otra parte la etnografía no contribuye actualmente a la diferenciación ideológico-cultural al interior de las relaciones, y respecto de la cual se requiere una interpretación cuidadosa de procesos y significaciones en un contexto de **cultura distinta** de la europea - occidental. Recoger lo diverso en un ambiente social de matices similares a la cultura del investigador, es uno de los desafíos pendientes. Ello exige que la participación en este ambiente de controversia y de interrelación agresiva permanente, se vincule además al mundo del desarrollo, que es casi la vida que le está permitida al mapuche en las reducciones, en concordancia con la política cultural vigente. Activar un proyecto de desarrollo le puede ser negado a un miembro del «otro grupo», por no ser digno de legitimidad por parte de quienes protagonizan «el desarrollo» y al mismo tiempo son vigilantes del «orden» contemporáneo. En tanto los otros grupos, desde sus lógicas aparecen activando una visión crítica del desarrollo porque este atenta a la lógica mapuche tradicional que se debilita con la acumulación de bienes y/o la perturba. Un antropólogo de la acción involucrado en este contexto, debe extremar las precauciones para asumir en propiedad el posicionamiento que supone la tendencia más crítica del momento, la Antropología y el Desarrollo (Escobar, 1995).

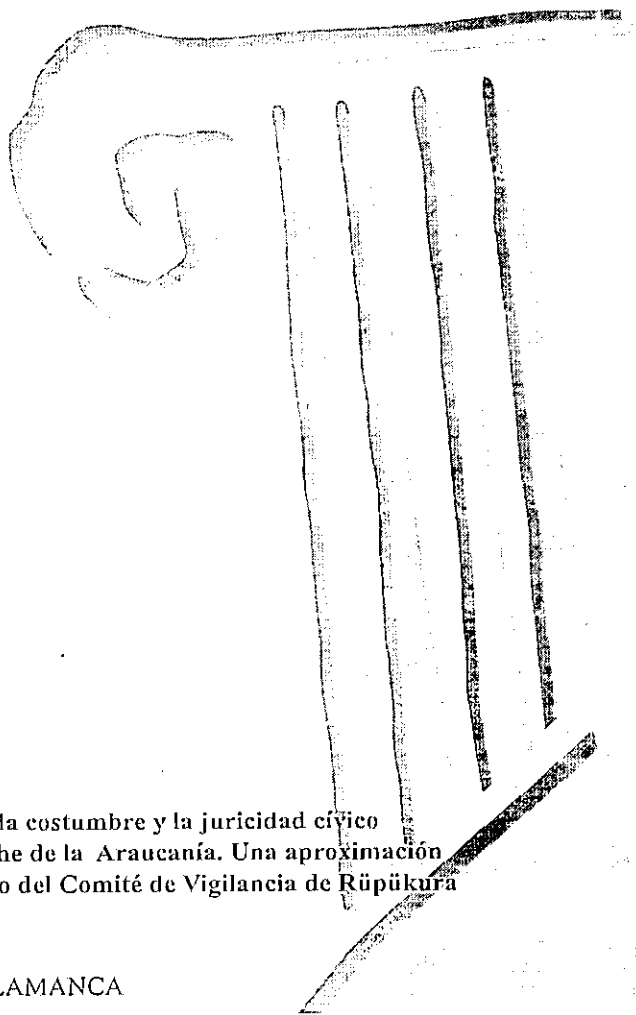
A este tipo de análisis y perspectiva

de interpretación, invitamos a participar a los especialistas del derecho interesados en la revisión crítica de la juridicidad civil en práctica. Se requiere dilucidar las nociones de Derecho Consuetudinario que subyace al Comité de Vigilancia y a su interrelación no sólo con el **otro ofensor**, sino con el **otro representante** de la norma modélica. En esta visión podrían apreciarse las limitaciones y alcances del Derecho Civil vigente, para una población étnicamente diferenciada, así como las posibilidades de un servicio jurídico más amplio, desde la reforma judicial en marcha.

Así, el presente estudio representa un desafío a la Etnografía reflexiva (Hammersley y Atkinson, 1995), a la antropología aplicada que se involucra con la sociedad, pero al mismo tiempo la cuestiona dentro de la perspectiva, en este caso, de los Derechos Humanos y particularmente de los Derechos Indígenas. Nos parece que aquella población indígena, que si bien no aparece situada de modo explícito en la postura reivindicativa más reconocida y valorada por los defensores de estos derechos, de igual modo requiere la atención de los especialistas, ya que está vinculada connaturalmente a los hechos históricos de despojo de sus territorios indígenas e invasión, por parte de un sistema cultural externo, por todos conocidos.

Saber situar el problema y proyectar un abordaje comprehensivo, que se articule con los procesos reivindicativos generales, es la tarea que la antropología de Temuco (Chile) ha asumido.

Estudios



«Estableciendo límites entre la costumbre y la juricidad cívico nacional en un sector mapuche de la Araucanía. Una aproximación antropológica-jurídica al caso del Comité de Vigilancia de Rüpükura del valle de Chol Chol».

TERESA DURÁN

MARIA DEL ROSARIO SALAMANCA

RODRIGO LILLO

«ESTABLECIENDO LIMITES ENTRE LA COSTUMBRE Y LA JURICIDAD CIVICO NACIONAL EN UN SECTOR MAPUCHE DE LA ARAUCANIA. UNA APROXIMACION ANTROPOLOGICA – JURIDICA AL CASO DEL COMITE DE VIGILANCIA DE RÜPÜKURA DEL VALLE DEL Chol Chol.»¹

Teresa Durán,²

María del Rosario Salamanca,³

Rodrigo Lillo⁴



Introducción

En este artículo se aborda el problema de cómo en el presente los sectores mapuche enfrentan la transgresión de normas de convivencia, en el marco de, por un lado, una prevalencia referencial del derecho mapuche y, por otro, el modelo occidental de “justicia”, fundado en la protección de la propiedad privada y de las normas morales de convivencia de raigambre judeo – cristiana, a partir de la incorporación de los lof mapuche a la administración chilena.

El problema señalado concierne a dos problemáticas teórico – disciplinarias y sociales vigentes en el país: de una parte el grado de vigencia del principio antropológico ya universalmente establecido de la diversidad cultural, en este caso aplicado al campo jurídico; de otra, la necesidad de problematizar los límites teórico – empíricos de lo étnico – cultural al interior de los sectores mapuche contemporáneos. El primer problema es particularmente relevante en el momento en que nuestro país inicia el proceso de Reforma Judicial. Al respecto, inevitablemente surge la duda de cómo tal Reforma concibe a la población objeto. En otras palabras, cómo aborda la heterogeneidad sociocultural y étnica ya reconocida por el propio sistema jurídico vigente, a través, por ejemplo de la legislación indígena, Ley 19.253 publicada en el diario oficial el 5 de Octubre de 1993, ¿se perciben cambios en este campo?. El segundo problema en tanto, nos lleva al tema de las diferenciaciones sociales inducidas por el sistema nacional en los sectores étnico – culturales que se remontan desde antes de la configuración del Estado y que han permanecido coexistiendo en un territorio his-

¹ Esta investigación se llevó a cabo mediando un protocolo de acuerdo entre los investigadores y los socios del Comité de Vigilancia. En este protocolo se caracteriza el estudio, su finalidad de dar a conocer la acción del Comité como hecho histórico y sociocultural y la modalidad de su publicación, el que fuera aprobado por la Directiva y Asamblea, permitiendo la incorporación de la perspectiva jurídico – antropológica en el sector.

² PHd en Antropología. Directora del Centro de Estudios Socioculturales, y de Escuela de Antropología de la Universidad Católica de Temuco

³ Asistente Social, Universidad de Chile y estudiante egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.

⁴ Abogado y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco

tórico. Este fenómeno, que se traduce en complejos intercambios y resignificaciones, es de particular importancia para la Antropología moderna y postmoderna, pues obliga a revisar el problema de los límites de lo étnico – cultural, y en definitiva, a abordar la multidimensionalidad del comportamiento sociocultural, tema central para la comprensión actual de lo humano, en tanto finalidad actual de esta disciplina.

La trayectoria del artículo se enmarca en los procedimientos clásicos: en el plano empírico, primeramente se describirá el contexto recurriendo a las representaciones relacionales y provisionales que el equipo de investigadores ha construido hasta el presente; a continuación se describe la constitución y puesta en marcha de la acción del Comité de Vigilancia local, organismo de derecho civil constituido a fines de la década de los ochenta. A fin de complementar los referentes empíricos, se presenta un caso de relevancia jurídica ocurrido en la comunidad a principios del año 1986 y cómo éste dio origen al Comité de Vigilancia y el impacto que ello produjo en la vida de las comunidades. Respecto de este caso, se da a conocer, por una parte, la memoria histórica existente en la comunidad, y por otro lado, la tramitación judicial a que fue sometido el caso en el juzgado de Nueva Imperial

En el plano analítico, se discuten los hallazgos empíricos a la luz de los conceptos culturales de justicia en sus vertientes indígena y nacional para concluir interpretando el significado socio – jurídico del Comité de Vigilancia en el marco teórico jurídico y antropológico crítico al que adhieren

sus proponentes. El equipo de trabajo estuvo integrado por dos profesionales del derecho y dos antropólogos socioculturales de orientación aplicada que inician sus estudios interdisciplinarios en este campo con el presente análisis. El trabajo previo iniciado en 1996 en el sector por la Antropología local se debió al apoyo del Centro de Investigaciones para el Desarrollo de Canadá (IDRC), institución que solicitara dos estudios sucesivos (1996 – 2000), precisamente para comprender el trasfondo sociocultural de las acciones de desarrollo en el sector. Un resultado inicial de esta primera incursión se vio reflejada en un artículo³ "Visión Crítica de la Aplicación Legal de los Estudios de Impacto Ambiental en Sectores Mapuche. Hacia el Correlato Antropológico de la Participación Social" (Duran, T.; Carrasco, N. 2000). En este texto las autoras plantean la necesidad de estudios interdisciplinarios para abordar temas emergentes como la coexistencia de tradiciones jurídicas en sectores mapuches, así como el planteamiento de posibilidades jurídicas que integren la diversidad de sistemas jurídicos en el contexto nacional, sobre la base de la constatación etnográfica de la multiplicidad cultural de formas a partir de las cuales la gente de las comunidades interpreta, reproduce y juzga lo debido y lo indebido.

Los autores agradecen los comentarios críticos de la antropóloga Noelia Carrasco y de la antropóloga Loreto Eyzaguirre miembro, ambas miembros del Centro de Estudios Socioculturales, por los aportes para su publicación

³ XII Congreso internacional derecho Consuetudinario y pluralismo Legal: desafíos para el Tercer Milenio. Realizado entre el 13 y 17 de 2000, efectuado en Arica, Chile

El contexto

Los hechos fueron registrados en el sector mapuche denominado Rüpükura de la comuna de Nueva Imperial, centro sur de Chile. En tanto sector mapuche han operado allí procesos de cambio diversos, todos ellos derivados de aquellos propios de la ocupación conquistadora española y posteriormente, de la conformación de la sociedad nacional y regional. Tales cambios, particularmente los últimos, han afectado a la posición étnico cultural de las poblaciones y al papel cada vez más decisivo que está jugando la normativa socio-cultural nacional, en la que se incluye la civil y penal. Así, hasta los años 40 del pasado siglo la convivencia intra - sector parecía normarse según “las leyes del Ad Mapu”, es decir, aquellos derechos y deberes emanados de la pertenencia y vida en el territorio cosmovisionalmente concebido como el “apropiado para vivir...”.

En el sector referido, el gobierno y la sociabilidad operaba al interior de cada lof o agrupamiento que se reconocía como “donde empieza y termina el origen propio”. Territorio y gente constituían un binomio indisoluble; la conformación natural y biodiversa otorgando identidad espacial, la ocupación e historia otorgando las bases identitarias temporales. Poblacionalmente hablando se reconocía entre sí los Dewkanos o Dewkanoche, los Rüpükurache y los Zankache, cada uno con su gobierno propio basado en la cabeza visible de un longko. Aunque ya se había consumado el proceso reduccional y por tanto, nominalmente el territorio se había redefinido según las reducciones o Títulos de Merced asignados,

las prevalecientes categorías identificatorias todavía eran significativas y cada longko trataba de hacerse cargo tanto de las transgresiones a la convivencia como de “levantar” los actos ceremoniales que promovían el bienestar desde el mundo cosmovisional: los ngillatunes. Pronto este estilo de vida se vería fuertemente trastocado. A partir de los años 60 del recién pasado siglo, fuertes oposiciones comenzaron a manifestarse al interior del sector, entre otros factores, debido al distanciamiento entre los que apoyaban la Reforma Agraria y los que se oponían a ella. En efecto, comenzaron a hacerse visibles las diferencias sociales propiamente tales, inducidas desde sectores externos: los “evangélicos” apoyarían “el cerco”, “la civilización”, “la educación” y, en definitiva, la ley y el orden impuestos por la sociedad nacional, particularmente la oficialista que entra al gobierno con el golpe militar: los llamados “tradicionales” serían más cautos en sus adhesiones e intentarían mantener sus formas de vida, particularmente la denominación de su lof - Dewko - pese a que se imponía ya la configuración legal de las comunidades derivadas de los Títulos de Merced: Nahuelpi, Quintriqueo y Marín, que representaban tres troncos parentales o linajes ya reconocidos por la ley civil de 1866. La pertenencia al lof Rüpükura y al de Zanja se mantenía en la memoria; su jurisdicción en forma latente... Mientras tanto y a raíz de los movimientos sociales esperables en la región y en el país, el sector se vio invadido “por gente de afuera”.

Hacia los 80 la gente que transitaba de este a oeste bordeando el río

transgredía las normas básicas de convivencia: hurtando animales o promoviendo la instalación de clandestinos⁶ en donde se congregaban y hacían amigos... eran wingkas que se iban introduciendo en el sector o mapuches de otros lados... La violación también se registra entre los hechos que más conmocionaron al sector en esos años. Tal como lo señalan Foerster y Montecinos (1993), en este periodo se entremezclan las pugnas étnicas entre wingkas y mapuche y aquellas centradas en la disputa por los bienes escasos: el ganado. Un caso bullado en ambos sentidos es el de "los Peñanes"; por tres generaciones constituyó un controvertido trokinche, que tanto representó al mapuche que se rebelaba ante la justicia, como al mapuche "traficante de ganado" que dañaba la propiedad de sus propios pares. Todo indicaba, pues, un ambiente deñso sugerente del desmembramiento de la organización tradicional.

Marco Jurídico Legal General.

A partir del proceso de formación del Estado chileno, se dictan normas legales para ser cumplidas en territorio mapuche, lo que sólo se hará efectivo luego de la ocupación militar de la Frontera, hacia fines del siglo XIX. En esta perspectiva, se modifica el modelo jurídico de la colonia basado en la segregación y en la subordinación de los pueblos indios (Yirigoyen, 2000: 130), por la idea de asimilación, que respondía a las ideas liberales de la época.

Bajo esta ideología, las normas legales dictadas durante este siglo en relación con los indígenas tendrán por objeto incorporar el, hasta ahora, autónomo territorio mapuche.

En lo que sigue, las leyes de la República han tendido a aplicar la concepción de propiedad privada a los mapuche, en un intento por subsumir a los indígenas bajo la premisa del "todos somos chilenos", distorsionando la idea de nación.

En general, las normas legales respecto de los indígenas, dictadas por el Estado chileno se han referido casi exclusivamente al tema de la propiedad, reflejando el absurdo de imponer métodos propios, para resolver problemas ajenos (Lillo, 1999: 48).

En este sentido, las formas de organización impuestas por la legislación chilena han producido una desarticulación de las formas propias de organización, especialmente en el caso de la ley indígena actual, que permite la existencia de hasta tres organizaciones en lo que antes constituía un lof (Aylwin, 2000: 25). A ello hay que agregar la posibilidad legal que representan otras formas de organización reguladas por la legislación, entre las que se encuentran las organizaciones comunitarias funcionales, que es la que los miembros del Comité de Vigilancia escogieron para desarrollar su actividad. En efecto, de hecho la propia ley indígena (artículo 37) al referirse especialmente a las Asociaciones Indígenas se remite a lo que actualmente es la Ley N° 19.418 sobre "Juntas de Vecinos y demás organizaciones comunitarias".

⁶ Lugar donde se expendían bebidas alcohólicas sin permiso legal

Este cuerpo legal regula la “constitución, finalidades, atribuciones, supervigilancia y disolución” de este tipo de entidades concebidas como contraparte de los municipios, en una perspectiva de participación difusa y concebida como la forma de dar cumplimiento a exigencias legales. En este sentido, la ley reduce su ámbito territorial expresamente a la comuna (artículo 2) y se contempla (artículo 6) un Registro de Organizaciones Comunitarias y Juntas de Vecinos adscritas a cada Municipalidad, donde se incluirán las modificaciones a los estatutos y su disolución.

Una forma similar de participación es la que se regula en otras legislaciones como, la que se refiere al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la propia ley indígena; en las cuales se concibe la participación, como una actividad que se realiza en función de la acción de los servicios públicos⁷. En fin las normas legales que regulan este tipo de organización, que corresponde a una unidad que funciona exclusivamente con los criterios de las mayorías y las representaciones, muy propias de las democracias liberales, pero que no recogen necesariamente otro tipo de realidades, como es el caso de la organización socio política de los pueblos indígenas (Aylwin, 2000:24).

De esta manera, siguiendo una estructura clásica, se dispone de la existencia un órgano soberano que es la Asamblea, y

uno ejecutivo, el Directorio, además de órganos fiscalizadores.

Ahora bien, en cuanto a los fines, la ley no los establece, sino que sólo señala de manera genérica que será el “representar y promover valores e intereses específicos de la comunidad”. Lo que no quiere decir que la amplitud de los fines sea ilimitada, según se desprende de una interpretación armónica con el resto del sistema legal. Desde luego, se excluyen los objetivos religiosos y proselitistas.

Los estatutos del Comité de Vigilancia, siguiendo estas reglas se otorga como objeto “evitar dentro del marco legal la realización de actividades delictivas e ilícitas que atenten contra la seguridad física y moral de la comunidad a través de todos los medios de que se dispongan o pueda disponer. En especial será objeto de esta organización el combate del alcoholismo, la drogadicción, el abigeato e impulsar el desarrollo de la comuna. Al efecto, y sin que la enumeración sea taxativa, podrá realizar las siguientes acciones: a) recoger y divulgar experiencias en las materias de su competencia, b) organizar cursos, y seminarios educativos, c) colaborar con las autoridades policiales atinentes para facilitar su labor, d) asociarse y colaborar con entidades afines que persigan directa o indirectamente algunos de los fines sociales y e) en general, realizar sin restricción alguna, toda clase de actividades lícitas, destinadas a cumplir el

⁷ Para un acercamiento a la relación entre aplicabilidad del SEIA, diversidad cultural y participación, ver Carrasco N., y Durán T., 2000.

objetivo fundamental” (artículo 3).

El “dentro del marco legal” y “toda clase de actividades lícitas”, nos entrega los límites legales que se aplican a esta institución. Por marco legal, debemos entender que se refiere a otras leyes, especialmente a la Constitución, Código Orgánico de Tribunales, Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Es decir, se trata del marco en que puede plantearse la colaboración que este órgano hace respecto de las instancias a las que se les ha entregado, en forma exclusiva, la resolución de conflictos y la represión de las infracciones.

En este sentido, cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como marco aquellos principios surgidos en la Revolución Francesa, entre ellos el de la soberanía y el de la división de los poderes. En virtud de este último, dentro del Estado existen diferentes funciones y poderes u órganos, que permiten la desconcentración del poder y el control recíproco entre ellos (Nogueira, Pfeffer, Verdugo, 1994: 134). En su versión original Montesquieu distinguía entre el poder ejecutivo (que ejerce el poder político y administra el Estado), el legislativo (que hace las leyes) y el judicial (que las aplica). Esta concepción es recogida en la Constitución chilena (artículo 7) al establecer la prohibición de atribuirse más facultades que las que concede la Constitución y la ley. Pero también está en la propia estructura constitucional que establece un capítulo para cada órgano, principiando por el Gobierno (capítulo IV), para luego referirse al Congreso (capítulo V) y al Poder Judicial (cap. VI).

“Bajo estos criterios se regula, en un Estado republicano y liberal, la administración de justicia. El artículo 73 de la Constitución Política chilena, en relación con la facultad de soberanía, reserva a los Tribunales establecidos por la ley (nadie más), la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, (es decir, impartir órdenes directas a la fuerza pública, para el cumplimiento de los fallos)” (Lillo, 2001: 13)

Esta concepción monista del derecho repudia la posibilidad (el derecho) que otros órganos o personas puedan otorgarse sus propias normas jurídicas, como el ejercer funciones jurisdiccionales.

Ahora bien, esta exclusión de toda actividad jurisdiccional por parte de quienes no han sido investidos de tal facultad se ha ido flexibilizando en el último tiempo permitiéndose, desde una perspectiva más pragmática, la participación de otras personas en la actividad de “decir el derecho”. Esta tendencia que incorpora formas de resolución alternativa de conflicto, lo que corresponde a un proceso de transformación de la justicia acaecido durante los años 60’ y 70’ en Estados Unidos, tiene “elementos de modelos de solución de las disputas originadas en sociedades tribales y los usó para promover un enfoque pacífico de la justicia, no coercitivo, basado en la comunidad” (Chevalier et. al., op. cit.: 16).

En este sentido, actualmente existe entre nosotros (en razón de la promulgación

del nuevo Código de Enjuiciamiento Penal) la posibilidad de que conflictos penales se resuelvan mediante el establecimiento de “acuerdos reparatorios” entre las partes y la “suspensión condicional”.

Desde otra perspectiva absolutamente distinta y bajo la premisa de la “seguridad ciudadana”⁸, surgen instancias colaboradoras del sistema punitivo, al modo de estos Comités de Vigilancia, que serían algo así como el “brazo civil” de la policía. Estando facultados para realizar denuncias, efectuar detenciones en delitos sorprendidos in fraganti (en el momento) y repeler mediante la fuerza ciertos delitos, fundamentalmente contra la propiedad, para lo cual se encuentran limitados por los requisitos establecidos para la legítima defensa (artículo 10 N° 4 del Código Penal). Funciones éstas que actualmente y en virtud de la reforma al procedimiento penal, se encuentran más bien relacionadas con el Ministerio Público, bajo cuyas directrices funciona la policía

Atendido este contexto, de flexibilidad y pragmatismo en la actividad de la “justicia”, el límite entre lo que actualmente es o no jurisdiccional, parece ser tenue o difusa y no es posible establecerla con absoluta claridad; así como de a quien corresponde determinado rol. No obstante aquello, es claro que en nuestro sistema legal el Estado se reserva el monopolio de la jurisdicción, quedando a los órganos como los Comités, una función marginal de colaboración.

⁸ Respecto de la que es difícil establecer una conceptualización.

Por último, cabe agregar que este monopolio de la justicia incluye los criterios bajo los cuales se juzga a alguien, es decir, la facultad de “decir el derecho”. En este sentido la teoría liberal ha evolucionado desde la posición más exégeta de los juristas herederos de la más pura visión revolucionaria, que desconfiaban del criterio de los jueces por provenir de la burguesía, por lo que se establecía que su función era aplicar la ley de acuerdo a cómo estaba escrita. Actualmente, en cambio, las teorías del derecho de Rawls y Dworkin, sostienen que en el derecho, son más vinculantes los principios que las normas. En todo caso, siempre se ha entendido al derecho como una producción estatal que gira en torno a normas legales escritas, ya sea a través de la interpretación doctrinaria de éstas o de la aplicación que hagan los tribunales. En este contexto la costumbre o derecho consuetudinario - denominación equívoca -, que constituye aquella parte del derecho que se construye a través de la práctica, siempre se ha considerado como de menor valía y por tanto supeditado al positivo.

En definitiva, si bien el marco legal y estatutario del Comité de Vigilancia parece amplio, este se encuentra más bien limitado a un rol funcional al sistema judicial. En tanto su praxis se lleva a cabo de cara al rol de resolución de conflictos en el sector Rüpükura, históricamente mapuche.

La constitución del Comité de Vigilancia Rüpükura – Dewko

Según la memoria histórica recogida habría ocurrido un homicidio en la

Comunidad de Quintriqueo entre los años 1985 y 1987. Ocho hombres del sector fueron encarcelados por cinco años. Este fue un hecho que conmocionó a la gente y como los robos también iban en aumento, surgió la voluntad de agruparse “y hacer algo...” en el marco de la posibilidad oficial de hacer algo, a través de la alternativa legal ofrecida por Carabineros. Algunos de sus representantes oficiales puntualizan que el Comité “siempre ha pretendido servir a la gente” especialmente a las mujeres solas y a las familias con ancianos. “No había respeto en esos años... había temor a los asaltos cuando se iba en carreta o al volver del pueblo” dicen, insistiendo en que el principal problema del que había que defenderse era el robo de animales. El que los habría inducido a organizarse fue el carabiniere I. Y.⁹ que en ese tiempo era activo del retén de Chol-Chol: “...nos preparó para actuar y para colaborar en el rastreo de animales, en observar a la gente sospechosa y en avisar cuando se tenían noticias...”, “Ahora tenemos una historia de 10 años y estamos dispuestos a seguir, aunque las cosas han cambiado”. Uno de sus fundadores - hoy inactivo -, comenta que una vez formalizada la creación del Comité o Junta vivieron una etapa de preparación o puesta en práctica a través del acompañamiento y el apoyo a carabineros en misiones de detención y captura de «delincuentes».

Don P.M.M., nacido y criado en el

lugar Rüpüküra, relata que se incorporó a la Junta de Vigilancia¹⁰ en los meses de marzo a abril de 1990, cuando todavía no se constituía legalmente, siendo uno de los socios fundadores. Respecto a la motivación que lo llevó a incorporarse señala lo siguiente:

- “Había pérdidas de animales grandes (caballos, bueyes, etc.), y menores (ovejas, chanchos, etc.), aves domésticas, etc. Frente a la denuncia que ellos realizaban a Carabineros del retén de Chol-Chol, estos manifestaban que no contaban con medios para perseguir a los cuatrereros o ladrones, y que hicieran justicia por sus propias manos (que los mataran).

- Al padre del entrevistado le robaron una yunta de bueyes y los cuatrereros les pedían dinero al estilo chantaje para devolverlos. Este dinero lo gastaban en comida, tomando hasta embriagarse. Esta fue la razón que dio don P. M. M. de su viaje a Santiago a trabajar para poder obtener el dinero suficiente y poder reponer la yunta de bueyes robadas a sus padres.

- Don P. M. M agrega que cuando reclamaban, habían represalias como por ejemplo: amenazas de muerte, apedreos de casas, etc.

- Agrega que J. Y. A. les señaló que si juntaban un grupo bien organizado, podían

⁹ La versión del Cabo I. Y. fue registrada por el equipo; agradecemos la colaboración de Ramón Maureira, estudiante de derecho de la Universidad Católica de Temuco, quien asumió esta tarea, la que corrobora las versiones de los dirigentes.

¹⁰ Siguiendo las denominaciones de los representantes, los términos Junta y Comité aparecerán usados indistintamente para referirse a la organización que se estudia

constituir una Junta de Vigilancia para “combatir los clandestinos y el abigeato...”

Por su parte, don A. C. U., otro socio fundador del Comité, nacido y criado en Rüpükura señala que se incorporó en la misma fecha que don P. M. M. Las motivaciones que lo llevaron a él a incorporarse a la Junta de Vigilancia son similares a las de éste; señala textualmente las siguientes:

- “También me robaron los bueyes y cuando me di cuenta, salí inmediatamente en su búsqueda (con vecinos), recuperando uno en el lugar llamado Peyahuen, y el otro en Huamaqui.”

- Dice que había grupos organizados para robar (caballares, vacuno, ovejas, chanchos, etc.), agrega que los ladrones quedaban impunes (sin castigo), amén de la pérdida de los animales. Por incorporarse al comité, dice que recibió amenazas de muerte e incluso se fueron a disparar a la casa y por esta razón él se compró un revólver para defensa personal y de su familia. Reconsiderando los antecedentes históricos, señala que “ya que don J. Y. les propuso la idea de una Junta de Vigilancia y dada la situación que vivía el sector, ellos aceptaron...”

Finalmente ambos socios fundadores coinciden en que lo que más motivó la creación de la Junta de Vigilancia, fue el caso de «Venegas». Este era un afuerino wingka que llegó a la comunidad y empezó a hurtar, robar, entraba en las casas cuando quería, molestaba a las mujeres. Dice «lo mataron, unos de la misma comunidad!», «Ya

estaban aburridos de que molestara», «la autoridad no hacía nada»; “fueron como ocho los que cayeron presos, estuvieron cinco años y un día en la cárcel...”

El caso “Venegas”, y su incidencia en la creación del Comité de Vigilancia. Antecedentes Jurídicos

Desde la perspectiva del Proceso Penal, los antecedentes de esta Causa Rolan bajo el N° 39.258, por el delito de Homicidio de Eduardo Enrique V. V., en el Juzgado del Crimen de Nueva Imperial, iniciada el 1° de Marzo de 1986 y archivada con fecha 29 de septiembre de 1986¹¹.

El proceso se inicia con el Parte de Carabineros de Chol - Chol, comuna de Nueva Imperial, fechado el 28 de febrero de 1986, por el que se remiten al Juzgado del Crimen de Nueva Imperial a las siguientes personas:

- 1.- J. R. U. Q, 38 años, casado, chileno, básicos, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpükura.

- 2.- J. A. T. M., 29 años, soltero, chileno, analfabeto, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpükura.

- 3.- J. M. H., 48 años, casado, chileno, básicos, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpükura.

- 4.- B. M. M., 48 años, casado, chileno, analfabeto, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpükura.

¹¹ Para efectos de esta investigación se solicitó el correspondiente desarchivo. Agradecemos al Tribunal de Nueva Imperial haber dado las facilidades necesarias para tener acceso a los antecedentes del proceso.

5.- L. A. M. M., 27 años, soltero, chileno, básicos, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpüküra.

6.- J. B. C. C., 30 años, casado, chileno, básicos, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpüküra.

7.- M. C. H., 40 años, casado, chileno, analfabeto, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpüküra.

8.- O. M. U., 32 años, casado, chileno, básicos, agricultor, sin cédula de identidad, domiciliado en el lugar Rüpüküra; detenidos hoy (...), por ser los autores directos de la muerte en riña en la persona de E. V. V.

La denuncia a Carabineros fue realizada por un hermano de la víctima, H. J. V. V., que habría sido avisado por un vecino. Realizadas las investigaciones Carabineros constata que, el occiso se encontraba enterrado a 60 centímetros del suelo, a unos dos metros de la ribera sur del Río Pellahuén.

El parte agrega finalmente que "Interrogados los detenidos por separado, manifiestan libre y espontáneamente, ser los autores directos de la muerte en riña de V. V. (...)"

El Tribunal con fecha 1° de marzo, instruye sumario, llama a declarar a los detenidos y ordena la autopsia de la víctima.

En su declaración indagatoria J. R. U. Q., declara lo siguiente: "Hace dos años a la fecha llegó a la comunidad Nahuelpi un individuo que se hacía llamar Molina.- Este se hospedaba en distintas partes.- El caso es que este individuo que solo conocía de vis-

ta, empezó a molestar a las mujeres de todos los detenidos, con el fin de violarlas.- En vista de esto tomamos la solución de matarlo.- Así fue que el día 2 del presente empezamos a buscar a dicho individuo, y lo encontramos como a las 22 horas, en el camino público, a la altura del lugar Rüpüküra.- En cuanto lo vimos nos fuimos encima de éste, yo, J. A. T. M., J. M. H., B. M. M., L. A. M. M., J. B. C. C., M. C. H. y O. M. U., y le empezamos a pegar con palos en la cabeza y distintas partes del cuerpo, hasta matarlo.- Una vez que nos dimos cuenta que estaba muerto, lo tomamos sobre cuatro varas de hualles y lo trasladamos a la orilla del río Pellahuén, y allí hicimos un hoyo de aproximadamente un metro y procedimos a enterrarlo, con el fin de no ser sorprendidos que nosotros lo habíamos muerto".

Agrega que "Este individuo había envenenado un perro de J. M. H., y mataba animales de día, y por cuya razón tomamos la determinación de asesinarlo".

J. M. H., declara que oyó gritos que provenían del lugar, fué a ver y llegó cuando Molina estaba muerto, "acompañé a sepultar al occiso por el hecho de que los otros detenidos me lo solicitaron". B. M. M., también declara que llegó al lugar de los hechos con posterioridad a la muerte de Molina, "mi participación fue de acompañar a sepultar al occiso". Los demás detenidos confirman lo dicho por éstos, "J. M. H. y B. M. M., llegaron al lugar de los hechos cuando ya estaba muerto el tal Molina".

Tomadas las declaraciones, el Tribu-

nal ordena mantener la detención de los involucrados. El mismo día comparece H. J. V. V., hermano del occiso y ratifica el parte de Carabineros. Señala que a los inculpadados no los conoce. Hace presente que su hermano salió de la casa hace doce años a la fecha y que “no era normal, es decir, sufría constantes trastornos mentales”.

El Certificado de Defunción de V. V., describe en los mismos términos del Informe Tanatológico - autopsia del Médico Legista- su causa de muerte: “La causa del fallecimiento se debió a pérdida de masa encefálica producto de fractura múltiple de cráneo (TEC abierto complicado). El Médico Legista agrega en sus conclusiones que “existen lesiones atribuibles a terceros” y; que el occiso “no se habría salvado con socorros oportunos y eficaces”.

El 05 de marzo comparece nuevamente M. H. declarando que “no ratifica su anterior declaración” y agrega “no tuve ninguna participación en los hechos, y si manifesté lo que ya declaré en autos se debió a un error y porque estaba nervioso, pero no sabía nada de los hechos”. El Tribunal ordena careo entre éste y R. U. Q., en la diligencia de careo, ambos se mantienen en sus dichos, esto es, el primero aseverando que no participó en los hechos y el segundo que sí lo hizo.

Con los antecedentes anteriores, el Tribunal estima acreditada la existencia del delito y que existen presunciones fundadas de la participación de los detenidos, por tanto y de acuerdo con la legislación penal y procesal penal vigente, somete a proceso a los

detenidos, éstos apelan del auto de procesamiento y como no tenían abogado se les designa el abogado de turno.

La causa ingresa en apelación del auto de procesamiento a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco el 8 de marzo, la que confirma la resolución del Tribunal de primera instancia el 12 de marzo.

La primera actuación del abogado patrocinante en esta causa, consiste en la presentación de un escrito que en la suma de su segundo otrosí solicita “se cite en forma urgente a la persona que indica”. En el cuerpo de escrito -- sin mayores explicaciones-- señala textualmente” Como el delito de homicidio fue cometido en casa del reo J. R. U. Q.” (...), “solicita citar a declarar en forma urgente a la cónyuge del mencionado reo M. M. T. N.”.

El 20 de marzo comparece a la presencia judicial doña M. M. T. N. y; declara en los siguientes términos “El día 2 de febrero recién pasado, como a las 20:00 horas, más o menos, llegó a mi casa un individuo que conocía de vista, y que se hacía pasar por Molina y algunas veces Venegas.- El caso es que este hombre me tomó la blusa y me dijo te voy a violar, y por lo tanto dame tu cuerpo, a lo que yo me negué diciéndole tu no eres mi marido, y posteriormente me tomó el calzón, el cual me lo rasgó cuando yo tiraba, yo opuse resistencia, y como éste no podía violarme me dijo te voy a matar y te voy a tajar con mi cuchilla que andaba trayendo. En vista de esto empecé a gritar por la ventana de la casa, en ese instante llegó mi marido J. R. U. Q., a quien le

manifesté que dicho individuo me quería violar, mi cónyuge se enojó y tomó un palo y con él empezó a pegar al individuo en la cabeza, en ese momento llegaron a dicho lugar O. M. U. y J. C. C., quienes también le pegaron con palos a dicha persona hasta matarlo, y una vez que estaba muerto dejaron de castigarlo.- Posteriormente mi marido antes aludido tocó el cacho y llegaron al rato después, J. A. T. M., J. M. H., B. M. M., L. A. M. M. y M. C. H.- Estas personas no tuvieron participación en los hechos.- En la misma noche mi marido J. U. Q., J. C. C. y O. M. U. trasladaron el cadáver a la orilla del río Pellahue en donde procedieron a sepultarlo”.

Ante las declaraciones de doña M. T. N., se decretan y practican careos entre ella y J. R. U. Q., quien corrobora lo señalado por ella señalando que “el día de los hechos, cuando llegó a su casa, se encontraba el tal Molina, que quería violar a su esposa, y que el individuo en cuanto lo vio lo amenazó con un cuchillo, y ahí en ese instante él tomó un palo y le empezó a pegar al tal Molina en la cabeza, en ese instante llegaron J. B. C. C. y O. M. U., quienes también alcanzaron a castigar al tal Molina, hasta matarlo. Posteriormente entre los tres lo fueron a sepultar al lugar ya señalado en autos. Agrega que los otros reos llegaron al lugar de los hechos cuando ya el tal Molina estaba muerto por lo que no tuvieron participación en estos”.

Se realizan posteriores careos entre M. T. N. y J. T. M., J. M. H., B. M. M., L. M. M., J. B. C., M. C. H. y O. F. M. U.. Todos corroboran la declaración de M. T. y

nueva declaración de R. U., manifestando que “llegaron al lugar de los hechos cuando el tal Molina estaba muerto y no tienen participación en ellos”.

Se encuentran agregados a la causa los extractos de filiación y antecedentes de todos los reos, los que “no registran anotaciones anteriores, con excepción del reo M. C.H., que registra una anotación anterior”. En el mismo expediente, rola documento en que, se certifica que M. C. H. fue procesado conjuntamente con otro sujeto por el delito de daños y que la sentencia lo absolvió de dicho cargo.

Concurren como testigos de conducta, esto es acreditando conocerlos, buena conducta anterior y que no constituyen un peligro para la sociedad, vecinos del sector Rüpucura, miembros de la comunidad de origen de los involucrados. Por J. Ll. M. H. atestiguan F.S. M. F. y M. H. L.; por O. F. M. U., deponen C. J. G. A. y, A. H. L.; por el reo M. C. H. comparecen P. J. T. N.; por J. A. T. M. lo hacen J. I. R. L. y J. S. M. H., por L. A. M. M. comparecen J. C. A. y J. H. C. N., por B. M. M. atestiguan Y. C. C. y L. F. M. M., por J. R. U. Q. declaran D. N. N. y J. Q. H.

Se declara cerrado el sumario, y se deduce acusación, la que es contestada por el abogado señalando que, “solicita la absolución del reo J. R. U. Q., por haber obrado en legítima defensa de su cónyuge M. T. N.”. Solicita asimismo la “absolución de los reos J. B. C. C. y O. F. M. U., por cuanto éstos habrán obrado en legítima defensa de los anteriores, quienes fueron objeto de una

agresión de parte del occiso”. Finalmente pide “la absolución de los reos J. A. T. M., J. M. H., B. M. M., L. A. M. M. y M. C. H., basado en que no habrán tenido participación alguna en los hechos”. Con la presentación de este escrito, se da por contestada la acusación y se recibe la causa a prueba por el término legal.

Durante el probatorio deponen R. M. Q. C., M. C. M., D. R. N., A. H. L., J. H. L., L. F. M. M., R. A. P. F. y S. J. P. C.

La sentencia de fecha 2 de julio de 1986, en los vistos de la parte expositiva, da a conocer los antecedentes reseñados; luego en los considerandos hace referencia tanto a la acusación como a los elementos de convicción en orden a establecer el cuerpo del delito, esto es: a) el parte; b) la ratificación del denunciante; c) certificado de defunción, d) informe de autopsia; e) dichos de M. M. T. N., y f) cuenta de investigación.

El considerando tercero de la sentencia señala que “los elementos de juicio anteriormente referidos, por reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, constituyen presunciones judiciales que comprueban que el 2 de febrero, en el lugar Rūpūkura, E.E.V. V. fue agredido por un grupo de terceros con golpes de pies, puños, y objetos contundentes, los que en definitiva le provocaron la muerte (...)”. Considerando cuarto “el hecho descrito en el fundamento anterior es constitutivo del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, por cuanto se ejecutó

dolosamente por los hechos la acción de matar a una persona, existiendo relación de causalidad entre dicha acción y el resultado producido, esto es, la muerte de la víctima”. Los considerandos siguientes, quinto al décimo, reproducen las declaraciones de los encausados J. R. U. Q., J. A. T. M., L. A. M. M., J. B. C., M. C. H. y O. F. M. U., en tanto el considerando décimo primero señala que las confesiones de éstos, reúnen los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y comprueban su calidad de autores; “no siendo oídos en sus retractaciones posteriores por no haberse comprobado inequívocamente que prestaron su confesión por error, por apremio o por no haberse encontrado en el libre ejercicio de su razón en el momento de participar en la diligencia».

Los considerandos duodécimo y decimotercero reproducen las declaraciones de J. M. H. y B. M. M. respectivamente, señalando el considerando decimocuarto que “aún cuando el encausado J. M. H. confesó primitivamente que su participación en el hecho punible consistió únicamente en alumbrar con su linterna a sus co-reos cuando trasladaban el cuerpo del occiso hasta la orilla del río Pellahuén, pero no ayudó a sepultarlo, lo cierto es que dicha actividad consiste en una colaboración destinada a ocultar el cuerpo o los efectos del delito, con conocimiento de su perpetración; y los otros procesados de la causa – a excepción de B. M. – están contestes en señalar que, además ayudó a hacer el hoyo en que se enterró el cuerpo del occiso. Por lo tanto su confesión reúne todos los requisitos legales para hacer plena prueba (...)”, “tuvo participación

en calidad de encubridor en la forma prevista en el N° 2 del artículo 17 del Código Penal; y no será oído en su posterior retractación, por no reunirse para ello las condiciones previstas en el artículo 483 del Código Procesal del Ramo". El considerando decimoquinto, razona en términos similares respecto a B. M. M.

En el considerando decimosexto se señala que "no obstante haber declarado la mayoría de los reos de la causa que estaban previamente concertados para dar muerte al occiso, (...), dicho concierto previo no alcanza a ser constitutivo de premeditación conocida, calificante del delito de homicidio contemplada en el artículo 391 N° 1, circunstancia quinta del Código Penal. En efecto para que ella ocurra deben darse dos requisitos copulativos: un elemento ideológico, consistente en la reflexión sobre el delito y los medios y circunstancias mas adecuados a su realización; y un elemento cronológico, que es el transcurso de un prudencial y razonable espacio de tiempo entre la decisión y la ejecución de lo resuelto, siendo este último el que pone de manifiesto la perseverancia del impulso delictivo y que es indispensable para diferenciar el acto premeditado del simplemente deliberado, esto es, del acto doloso común.- En el caso de autos sólo se encontraría acreditado el primer elemento ideológico, en base a los dichos de los reos que tuvieron participación de autores en el delito; pero no así el segundo, toda vez que no existe elemento de juicio alguno que permita establecer cual fue el espacio de tiempo que medió entre la resolución y la perpetración del hecho punible, y si dicho lapso fue prudencial o razo-

nable.- Todos los autores del delito se limitan a indicar que "tomaron la solución" o "se pusieron de acuerdo" para matar al occiso, pero no indican cuándo se tomó dicha resolución".

En relación a las alegaciones presentadas por la defensa, el considerando decimoctavo señala que éstas "serán desestimadas, en mérito de las confesiones de los enjuiciados (...), en ninguna de las cuales hicieron mención alguna a una supuesta agresión o intento de violación de M. T. N., cónyuge del reo U.Q., siendo irrelevantes las retractaciones posteriores" (...). Agrega que a mayor abundamiento, "los reos confesaron previamente su participación en forma extrajudicial (...), sin que tampoco se hubiere mencionado la circunstancia que ahora invoca la defensa"; el procesado U. Q., prestó declaración el 1º y el 5 de marzo, "sin que en ninguna de ellas mencionara la aludida circunstancia, lo cual sólo vino a hacer en el careo sostenido con su cónyuge el 20 de marzo último, vale decir, diecinueve días después de su declaración primitiva".

En el considerando decimonoveno se señala que "en mérito de lo expuesto en el fundamento anterior y por estar en contradicción con las propias confesiones de los encausados, no se dará valor a la testimonial rendida en el plenario"(...). Se agrega que se restará seriedad a la prueba en atención al hecho de que parte de los testigos, dan como razón suficiente de sus dichos "el que se encontraban presentes en la casa del reo U. Q. cuando su cónyuge fue agredida por el occiso, lo que no deja de ser curioso puesto que no se concibe dicha agresión

sexual en presencia de otras personas, además estos testigos tampoco fueron mencionados en su oportunidad por la presunta víctima de la agresión". En cuanto a los demás testigos, "expresan que los hechos tuvieron lugar en la casa del reo U. Q., porque en ella se encontraba el cadáver del occiso, y que los otros encausados llegaron con posterioridad; sin embargo, con ello no se logra probar que tanto U. Q. como su cónyuge fueron objeto de una agresión de parte del occiso, ya que no lo presenciaron, y en cuanto a la participación de los otros procesados, no logra desvirtuar su confesión".

En el considerando vigésimo, se da acogida a "la minorante de irreprochable conducta anterior, comprobada con extractos de filiación y declaraciones de testigos". El considerando vigésimo primero señala finalmente que "siendo la pena asignada al delito de dos grados divisible, y favoreciendo a los reos - a excepción de J. C. - una atenuante sin que les perjudique agravante alguna, se les impondrá en el grado inferior, debiendo en todo caso imponer una pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el delito, en el caso de los reos J. M. H. y B. M. M., en atención a su calidad de encubridores.

En base a los antecedentes contenidos en la causa, las consideraciones realizadas y teniendo presente la legislación Penal y Procesal Penal vigentes, la sentencia concluye declarando lo siguiente:

I.- "Que se condena a cada uno de los reos J. R. U. Q., J. A. T. M., L. A. M. M. N., J. B. C. C., M. C. H. y O. F. M. N. U., ya individualizados, a la pena de CINCO

AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO, como coautores del delito de homicidio simple en la persona de E. E. V. V., perpetrado en el lugar Rüpükura de este Departamento Judicial el 2 de febrero de 1986".

II.- "Que se condena a cada uno de los reos J. M. H. Y B. M. M., ya individualizados, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO como encubridores del delito de homicidio simple".

Se condena en ambos casos además, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para derechos políticos y cargos y oficios públicos, e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

Reuniéndose los requisitos legales, se remite condicionalmente la pena a los sentenciados M. H. y M. M..

Todas las condenas señaladas rigen desde la fecha de la aprehensión de los condenados, esto es, desde el 28 de febrero de 1986.

Notificados los condenados, apelan, conociendo de los hechos la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco. El 28 de agosto de 1986, confirma la sentencia apelada.

Los hechos relatados, tanto en lo que se refiere a la muerte de E. V. V, como al juicio, la sentencia y su cumplimiento, generarían una serie de interpretaciones en el

sector. Antes de referirnos a ellas nos centraremos en la forma en que operó el Comité de Vigilancia.

La metodología de trabajo del Comité de Vigilancia

Al principio, se constituyó un grupo numeroso de jefes de familia en el Comité. Asistían como sesenta personas, hombres y mujeres, jóvenes y ancianos. Los fundadores se enorgullecen de haberlo sido y de continuar cooperando... "nos organizamos porque acá pasaban tantas cosas..." (relata su segundo presidente)... "nos dio la idea el Cabo Yañez por causa de que aquí habían muchos robos. Por ese tiempo llegó gente de la costa... hizo amistad aquí y empezaron a perderse animales... Ellos no eran mapuche, eran chilenos (dos sin familia) y armaron grupo aquí con la juventud de acá... con aquellas familias que no eran religiosas (evangélicos)..." El cabo les dio la metodología inicial: debían saber cuidarse, proceder por señas, amarse, mantener las reuniones en secreto, no castigar en demasía... "y ser bien derechos..." Los más entusiastas en seguir estas instrucciones y crear un cuerpo indisoluble que iba adaptándose a las circunstancias, fueron alrededor de 15. Ellos mantenían reuniones regulares donde analizaban los casos y reconocían sus aciertos y errores... Por ejemplo, las autoevaluaciones podían ir en contra de sus propios líderes si éstos transgredían las normas del comportamiento del grupo, que eran favorecer los derechos de todos y no los individuales... Pero ese "todos" se refiere al grupo constituyente del Comité y no necesariamente a todo el sector (el número

actual de socios asciende a 20). "Nosotros éramos respaldo para los carabineros y ellos para nosotros", recuerda el segundo presidente. "Allanábamos casas, agarrábamos gente y les pegábamos... El carabinero nos dejó que nos armáramos con una cuchillita de dos puntas con una especie de anzuelo". Este líder reconoce que esta organización fue buena para recuperar la tranquilidad... "Así, uno puede dejar sus animalitos y trabajar... antes, después de las cinco (PM), había que guardar todo... animales y uno...". Pero también reconoce que esta organización les ha traído problemas. Los tuvieron con la Junta de Vecinos de los 80 que se guiaban por los DD.HH. y no eran partidarios de intervenir, de castigar, sino llevar a la gente a la justicia. "...Pero eso era defender a los malos ya que estos quedaban libres pronto... los carabineros no los tomaban en cuenta...", dice. Agrega "... También hemos tenido problemas por habernos asociado con carabineros... pero esos son los que amparan a los que siguen con los clandestinos y abiertos a la posibilidad de cometer sus maldades...".

Actualmente, el Comité ha renovado la directiva. Se suceden en los cargos los miembros de las familias fundantes, que comparten el grupo ideológico evangélico. Tienen pretensiones de mejorar la Sede en que se reúnen y modernizarse en sus tácticas de rastreo. Aspiran a trabajar con Walki Talky e incluso con un vehículo... Se quejan de las largas caminatas que deben realizar para seguir sus animales robados. La última vez el esfuerzo resultó fallido. "...Anduvimos dos días y sus noches y fue imposible alcanzarlos", dijeron... el robo está

muy organizado... ahora hay grandes apoyando... Hacen notar también lo difícil que es hoy rastrear en los bosques de pino que rodean sus comunidades. “Antes, relata el presidente saliente, no era tan difícil rastrear, porque uno se conocía los bosques nativos... podía dejar señas en ciertos árboles... ahora uno se pierde porque como la plantación es distinta, se confunde uno, se desorienta uno de tanto árbol igual...”.

Por otra parte, agrega otro líder, “la gente no quiere que el Comité actúe, sólo esperan que lleguen los carabineros... pero nosotros sabemos cuándo hay que actuar y sancionar... Aprendimos cómo hay que trabajar las cosas... a veces evitando llegar a peores... aprendimos a “ganarles el lado” a los delincuentes...»les hablamos, les aconsejamos, le hacemos ver el mal que hacen», «a veces pasamos la noche hablando», relata don P. M. M.. Otro integrante de la Junta de Vigilancia agrega: «varias veces logramos que entregaran la prenda y entonces los largábamos o los recomendábamos para penas menores...»

Como parte de la metodología de trabajo de la Junta de Vigilancia y una forma de solventarse, se utiliza lo que conocen como cobrar la brisia, esto significa que en un caso de robo de ganado por ejemplo, la búsqueda y la información se pagan y corresponde entre un 25% a un 50% del monto robado; por ejemplo, si son tres animales robados, se cobra un animal. Esto es siempre que se recupere el animal, el dueño tiene la posibilidad de ofrecer, por ejemplo, la mitad de lo robado. Lo normal es que en caso de recuperar el animal (o los animales)

se cobre una cuota de un 20% del monto robado.

Respecto a cuándo solicitar la participación del Comité, se registran versiones disímiles. En el sector de Dewko, en efecto, se tiene la percepción que los del Comité son prepotentes y que exageraron los castigos por su propia cuenta. Opinan que a veces se han equivocado en la identificación de víctimas y victimarios. Respecto del caso de violación y primer homicidio y que habría desencadenado la organización, en efecto, se registran dos versiones principales. Para los integrantes actuales del Comité “... este hecho se produjo por venganza (se refieren al homicidio)... luego de la violación que un wingka hizo a una señora. Se critica esta violación como un ultraje, una pérdida de honor para la familia mapuche... Se justifica en cierto modo el homicidio por el grupo de amigos... Al mismo tiempo, se considera que la pena de mantenerlos presos por cinco años fue demasiado para las familias mapuche “... no sólo dejaron mucho tiempo a sus familias solas, sino que estas personas ya no son como antes, volvieron más cambiados; ellos son ahora los individualistas y los que hacen los problemas con la gente...”.

En tanto en otra versión, quizás la más vinculada al pensamiento mapuche, “ya la gente estaba aburrida con este wingka, siempre vivía haciendo problemas, él se creía superior... una vez vino para acá y quería que lo atendieran... eran como las 12 de la noche y entró como en su casa, hubo que atenderlo, sino se ponía más altanero y siempre andaba curao, la gente se aburrió

de él y inventaron eso de la violación para sacarse los pillos, pero todos se acuerdan que eso no fue así...”

Estado actual y proyecciones del Comité de Vigilancia Rüpüküra Dewko.

Don P. M. M. y don A. C. U., hacen una evaluación del efecto de la Junta de Vigilancia en la Comunidad. Ambos coinciden que lo bueno que ha traído la Junta de Vigilancia es la tranquilidad en el sector, la confianza de las autoridades, especialmente Carabineros, el respeto en la comunidad. “Los clandestinos y el cuatreroismo han disminuido bastante por la labor de la Junta”, dicen.

Lo negativo es que las personas que no integran la Junta seguían robando. Por otra parte, el Comité estaba integrado sólo por gente de tres de las cuatro comunidades colindantes, comunidades: Juan Nahuelpi, Quintriqueo y Marín (comunidad más pequeña).

Según los testimonios de estos líderes las personas que no participan del Comité eran las que compraban carne de animales robados y la que consumían en los clandestinos. En un principio el Comité estaba formado por bastantes miembros, pero como las reuniones eran secretas, los que divulgaban la información de la Junta eran rápidamente expulsados (incluso cuando se inició la Junta los propios cuatreritos tenían informantes entre los miembros del Comité).

Según la versión de estos dirigentes

en una de las comunidades (no identificada) hay familias enteras que se dedican al cuatreroismo. Estas familias no aceptan el Comité de Vigilancia y les llaman «soplones de los carabineros». Por nuestra parte, preferimos que, al parecer, la propia comunidad solucione el problema no informando a carabineros. Para ellos, el robo parece constituir deuda, y a veces algo necesario cuando hay necesidad, es decir, parece constituir una conducta aceptable.

Actualmente existen algunos clandestinos, pero no como antes, en que prácticamente en todas las casas se vendía vino que traían directamente de Chillán, en camiones. Los líderes señalan que con la Junta de Vigilancia hubo cambios de actitud en el sector, “porque con la ayuda de Carabineros se comenzó a aprender leyes, reglamentos, etc.”. Agrega que “con la tranquilidad actual en Rüpüküra han disminuido los integrantes del Comité, porque de los 68 miembros originales, hoy quedan 24”, es decir, interpretan la baja de participantes por la disminución del delito, sin reflexionar acerca de las otras diferencias del Comité en el sector.

“El robo de animales ha disminuido drásticamente”, reiteran “Hoy hay más organización, ya que la mayoría de las Juntas de Vigilancia¹² cuentan con radio con la cual informan a Carabineros (tres veces al día) y se mantienen en contacto con las demás Juntas de Vigilancia para intercambiar información...”

¹² Según los informantes, actualmente existen siete Comités en el sector originados a partir del de Rüpüküra..

El contacto metodológico actual con Carabineros es casi nulo y la Junta quiere reactivarlo para así recuperar cuotas de poder dentro de sus integrantes. Incluso, antes las citaciones que realizaban Carabineros las hacían por intermedio de la Junta; para ellos es importante mantenerse comunicados no sólo para el caso de los robos, sino también para cualquier emergencia, como ocurrió para efectos provocados por las inundaciones de hace algunos años, en que la radio mantuvo el contacto con el exterior y a través de ella y la Junta se repartió la ayuda. Ellos echan de menos el trabajo mancomunado con Carabineros Aquí se respeta mucho a carabineros, porque ellos son autoridad dicen.. Sin embargo, respecto a este tema señalan también que “se sienten un poco dejados de lado y aprovechados por Carabineros, ya que ellos como Comité le entregan el caso de robo de ganado prácticamente en bandeja a carabineros, sin retribución alguna”. Ellos sienten que carabineros les debe mayor deferencia en el trato.

Don A. C. expresa que “a futuro le ve pocas proyecciones a la Junta de Vigilancia, a menos que Carabineros les validara sus aportes y les dieran mayores atribuciones en el control de la delincuencia en el sector de Rüpüküra”. “Sin embargo, los comités siguen funcionando e incluso existen reuniones con otras Juntas de Vigilancia juntándose alrededor de 70 personas, máximo 7 a 8 personas por Comité. Estas reuniones sirven para estrechar lazos, compartir información, organizar búsquedas en sus respectivos sectores, etc. Quizá por ésto, estas Juntas a pesar que no cuentan con apoyo se van a seguir manteniendo en el tiempo”, dicen.

Agrega finalmente que, “como tienen personalidad jurídica, ésta les puede servir para participar en proyectos de desarrollo que traiga beneficios a comunidad...”

Reflexiones Finales

Para concluir este breve estudio, los autores desean enfatizar tres aspectos. En primer lugar, ha sido comprobada la riqueza analítica que emerge desde una perspectiva interdisciplinaria, incluso en estado incipiente como la que en el trabajo se ha mostrado. La mayor disponibilidad de recursos conceptuales y por tanto interpretativos es evidente, así como la amplitud para captar de mejor modo la integralidad, complejidad natural de los hechos sociales y sus significaciones. Estimamos, por tanto, que el equipo debiera mantenerse y perfeccionarse metodológicamente en esta perspectiva, en aras de un mejor acercamiento a la gente, sus problemas y las modalidades en que estos son abordados por ellos mismos y por la sociedad. Creemos que ello es posible, dado que el equipo concilió uno de los problemas más controvertidos en la investigación social de hoy; las bases éticas y metodológicas fundantes. En efecto, si bien las técnicas metodológicas usadas no pudieron ser rigurosamente homologadas, no hubo dudas en el esfuerzo constante de romper la barrera entre sujeto – objeto, así como en el hecho de reconocer la limitación de tiempo y entendimiento para comprender adecuadamente la multidimensionalidad particular del fenómeno jurídico en el ámbito de la relación entre el mundo mapuche o indígena y el no mapuche o nacional. Por último, en rela-

ción a este punto, a los autores no nos queda más que agradecer la oportunidad que los actores de Rūpūkūra nos han brindado para acercarnos a su realidad, a las formas de sus conflictos y a los modos de enfrentarlos. Ello no solo porque hemos podido llegar a un proceso interpretativo de mayor peso que el que teníamos antes, sino porque esta investigación ha reiterado la necesidad de diálogo bien intencionado entre los actores de las instituciones nacionales y los sectores mapuche en torno a los derechos, así como también entre los propios mapuche, hoy divididos de acuerdo al estilo de derecho para el que se han visto condicionados a optar dados los avanzados procesos de desvalorización de su cultura de origen.

En segundo lugar, quisiéramos llamar también la atención acerca de las características que adopta el derecho nacional en su inserción en el mundo indígena. El estudio da cuenta de que la concepción dominante del derecho, que gira en torno a la actividad del Estado, es insuficiente e inícuo. Insuficiente porque no da cuenta de una serie de fenómenos y situaciones que de manera genérica podríamos calificar de jurídicas; por otro, es inícuo porque niega el reconocimiento a una manera distinta de "hacer" derecho por parte de las comunidades indígenas, lo que corresponde a un derecho humano de todo grupo étnico nacional.

En efecto, si bien para el marco legal el Comité de Vigilancia obedece a una fórmula regulada en la ley estatal, según la cual todas las actividades que desarrollen deben encuadrarse dentro de ella, so pena

de ser consideradas jurídicamente inexistentes o inválidas, o incluso, antijurídicas; los mapuche de Rūpūkūra y Dewko realizan una serie de otras actividades que sí forman parte de lo jurídico, pero que responden a criterios y parámetros distintos.

De otra parte, se da aquí también una relación muy compleja, pero habitual, entre derecho positivo (o estatal) y "derecho consuetudinario", que se genera en la práctica misma de la comunidad. Este último aparece en la relación que un sector hace con el derecho positivo, luego de sentirse impotente para resolver actos controvertidos con las normas locales, en forma y magnitud, que a su vez son desencadenados por hechos derivados de una relación interétnica no solidaria, sino reiteradamente conflictiva entre "wingka" y "chileno"; lo que pudiera hacer pensar una eventual complementariedad entre formas distintas de derechos ante actos que contravienen la convivencia armónica local. Pero esta complementariedad aparece negada cuando tal recurrencia trae consigo interpretaciones fundantes de diferenciaciones socioétnicas al interior del mundo mapuche.

Así, precisamente el tercer aspecto, debe llevarnos a reflexionar acerca de estas interpretaciones como material importantísimo a registrar y comprender.

¿Es posible establecer la sustantividad de los hechos? Etnográficamente hablando, sólo lo es el registro de versiones diferentes. Desde la perspectiva de la antropología crítica, estamos frente a una si-

tuación en que la interrelación entre los actores indígenas y el aparato estatal y jurídico en el presente se ha imbricado con las profundas transformaciones que vienen desencadenándose en territorio mapuche a partir de la intervención estructural de comienzos del siglo pasado en el campo jurídico y religioso. Enfrentaríamos, pues un caso en que las relaciones entre la ley y las costumbres de origen étnico cultural es dialéctica no sólo al interior de los sectores protagónicos, sino que debe serlo también en los análisis e interpretaciones externas.

Así, mientras para el sector que protagoniza el Comité se impuso el orden al desarmar pandillas de jóvenes, “trancar” la delincuencia y detener los clandestinos y, en fin, apoyar la convivencia pacífica, para el sector más tradicional los del Comité “se arrogaron derechos que no tenían... se apoyaron en la fuerza pública para atacar... en condiciones en que ya no habían tierras y en que si se pillaban animales por ahí, o se tenían otras oportunidades, había que hacerlo porque la gente pasaba hambre... había necesidad...”

¿Es posible el tránsito entre sistemas jurídicos?, ¿es posible considerar la legitimidad de los sistemas jurídicos en situaciones de crisis social?, ¿de transculturización?

Los datos son indicativos de que la reflexión propiamente mapuche está presente en todo momento: inmediatamente antes de que se desencadenaran los conflictos, durante éstos y en las formas de abordarlos y evaluarlos. Entendemos así, que prevalece

un modo interpretativo propio mapuche de hacer justicia y de aspirar a ella en cada uno de los grupos, negándose así la posibilidad de desconocer la pertinencia a un tronco sociocultural originario distinto culturalmente al nacional. No obstante, los límites entre “los tradicionales” y los “modernos” también se dibujan con claridad, evidenciándose escasos atisbos de diálogo entre los actores ¿será posible transponer estas posiciones socioétnicas distintas al interior del sector? ¿de qué manera tales diferenciaciones afectan las relaciones con el derecho positivo, que desconoce la forma y el fondo subyacente a la diversidad cultural en la Araucanía?. Estas son cuestiones que quedan por dilucidar, así como explicitar adecuadamente en qué consiste el marco jurisdiccional mapuche, más allá y/o desde las evaluaciones del otro estilo de derecho y/o a raíz de su práctica por parte de sus pares. Esta es la tarea que el equipo desea asumir en un próximo período, contando con la anuencia de los sectores mapuche interesados. No debe desconocerse que uno de los intereses de la Antropología es propiciar el fortalecimiento del pensamiento indígena, así como propender al enriquecimiento cultural de la sociedad nacional.

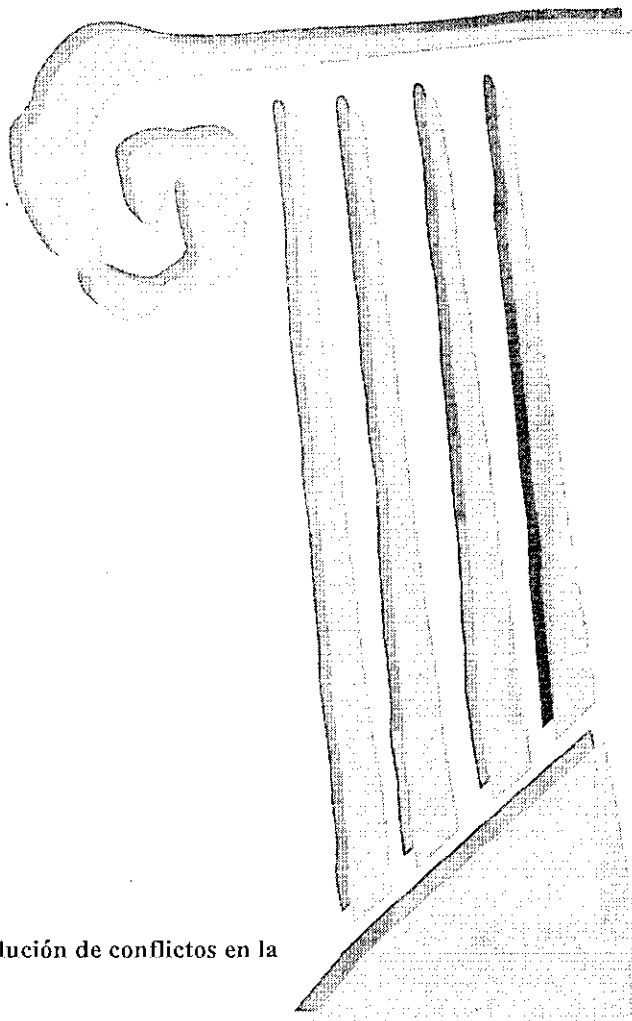
Tal como lo plantea Skewes (2000; 951) a la Antropología le corresponde contribuir al diálogo plurilegal, promoviendo la visibilidad de los contextos en los que operan los hechos, no sólo de orden legal, sino de aquellos extra legales.

El equipo de abogados participantes está comprometiendo su esfuerzo en esta dirección.

Bibliografía

- AYLWIN, JOSÉ. 2000. "*Materializaciones y conflictos. Aplicación de la ley indígena en el territorio mapuche (1994-1997)*". Temuco, Chile) Instituto de Estudios Indígenas, 2000. 102 p.
- BRETON, ROLAND. 1983. "*Las Etnias*". Oikos-tau S.A. ediciones. España.
- BUCKLES, DANIEL (ed.). 2000. "*Cultivar la paz. Conflicto y colaboración en el manejo de los recursos naturales*". CIID, Ottawa 2000.
- IRIGOYEN, RAQUEL. 1999. "*Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*", en: "*Pena y Estado*" N° 4, "*Justicia Penal y comunidades indígenas*". Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Enero 2000, p. 130 (129-142).
- LILLO RODRIGO. 1999. "*La legislación como aspecto de la relación intercultural*", en Revista CUHSO, volumen especial N° 1 "*Legislación indígena, Tierras y Pueblo Mapuche*". Temuco: Centro de Estudios Socioculturales de la Universidad Católica de Temuco, 1999.
- LILLO, RODRIGO. 2001. "*Situación de los Derechos Indígenas en Chile*". Inédito. 16 p.
- SKEWES, JUAN CARLOS 2000. "*Valentín Letelier, el Multiculturalismo y el Nuevo Pluralismo Legal en Antropología*" en actas: XII Congreso Internacional "*Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal : Desafíos para el Tercer Milenio*". 13 – 17 Marzo, Arica Chile.
- VERDUGO, MARIO, NOGUEIRA, HUMBERTO y PFÉFFER, EMILIO. 1994. "*Derecho Constitucional*". Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1994. 371 p.

Artículos



«Formas alternativas de resolución de conflictos en la
ley indígena 19.253»
JAIME LÓPEZ ALLENDES

«FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEY INDÍGENA 19.253»

Jaime López Allendes¹



Palabras preliminares

El Derecho Indígena, como rama de la Ciencia Jurídica, surge del supuesto de la heterogeneidad étnica y cultural de las relaciones jurídicas, tanto en el ámbito nacional como internacional; recepcionando las tendencias más democráticas de resolución de conflictos, que desmonopolizan dicha materia como facultad o poder-deber del Estado, en orden a dirimir conflictos o subordinar intereses.

En efecto, los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos otorgan a las partes los medios y procedimientos para restablecer la armonía en sus relaciones, con una serie de ventajas por sobre el procedimiento declarativo ante el Juez Ordinario, como por ejemplo, celeridad en la resolución del conflicto (pues sólo toma el tiempo necesario para alcanzar el acuerdo); costos significativamente menores, en tiempo y dinero, que los requeridos en juicios; participación de las partes en forma activa y directa en el proceso de solución del conflicto; y finalmente una ventaja de orden social, cual es que permite a las partes mantener sus relaciones comerciales o de vecindad.

La Conciliación como trámite esencial del Procedimiento Especial Indígena

En el procedimiento especial declarativo del artículo 56 de la Ley Indígena n° 19.253, se contempla la conciliación² como trámite esencial, en los numerandos segundo, tercero y cuarto:

“El Tribunal citará a las partes a una audiencia de contestación y avenimiento para el décimo día hábil siguiente a la fecha de notificación...”

“En la audiencia, el Juez actuando personalmente, propondrá las bases de conciliación. Las opiniones que emita no lo inhabilitarán para seguir conociendo de la causa. De la conciliación, total o parcial, se levantará acta que contendrá las especificaciones de lo avenido y será suscrita por el Juez, las partes y el Secretario. Tendrá mérito de sentencia ejecutoriada.”

“En todo aquello que no se produjere conciliación, el Tribunal, en la misma audiencia, recibirá la causa a prueba fijando

¹ Profesor de Legislación Indígena de la Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco

² La conciliación, en general, es una forma de terminar un juicio por acuerdo de las partes, o prevenir un litigio eventual, haciéndose concesiones recíprocas. Este instituto procesal se caracteriza principalmente por ser el Juez quien efectúa el llamado a las partes litigantes, él mismo propone las bases de arreglo y además, la conciliación es un equivalente jurisdiccional que produce el efecto de cosa juzgada.

los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que deba recaer...”

De esta manera, la ley indígena está contemplando el primer mecanismo de resolución alternativa de conflictos, la conciliación o avenimiento, en el cual es el Juez quien propone las bases del acuerdo³.

En la práctica tanto en el procedimiento especial indígena como en el procedimiento ordinario de aplicación general⁴ no se lleva a cabo una actuación personal del Juez ni se proponen bases de arreglo. Los abogados tampoco exigen el cumplimiento de esta norma y en el curso del juicio se ha tomado como una mera formalidad que se cumple con una frase de estilo: “Llamadas las partes a conciliación, esta no se produce.”

³La ley n° 19.253 de 1993 al establecer la conciliación como trámite esencial, vale decir, cuya omisión es motivo de casación de la sentencia dictada en el procedimiento correspondiente, representó una innovación no solamente respecto del anterior procedimiento especial indígena contemplado en la ley 17.729 de 1972, modificada por los decretos ley 2.568 y 2.750 de 1979, sino también respecto de la normativa procesal común, vigente al promulgarse la ley indígena, que señalaba la conciliación como un trámite que podía facultativamente decretar el Juez. En efecto, solamente con la ley 19.334 de 1994 se modificó el Código de Procedimiento Civil, específicamente el artículo 262 en el sentido de establecer el llamado a conciliación con carácter obligatorio

⁴ En el Sistema Jurídico Chileno, dentro del procedimiento civil ordinario de aplicación general, la conciliación se ha establecido como un trámite esencial una vez agotada la fase de discusión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior no obsta a que muchos juicios concluyan en conciliación, pero no por aplicación de esta norma, sino por gestiones extrajudiciales realizadas entre los abogados de las partes y que se sancionan en el comparendo⁵.

La Conciliación Judicial como trámite no esencial del Procedimiento Especial Indígena

El último numerando del artículo 56 de la mencionada Ley Indígena n° 19.253, establece que el llamado a conciliación además puede hacerse en cualquier etapa del juicio, pero ya no como trámite esencial.

“El tribunal encargado del conocimiento de la causa, en cualquier etapa del juicio podrá llamar a conciliación a las partes”

“En todo juicio civil en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo”.

“Para tal efecto, las citará a una audiencia para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución. Con todo, en los procedimientos que contemplan una audiencia para recibir la contestación de la demanda, se efectuará también en ella la diligencia de conciliación, evacuado que sea dicho trámite”.

⁵ De hecho, cuando se produce la conciliación, usualmente los abogados llevan ya preparada un acta o minuta conteniendo los términos del acuerdo. En el fondo, en los conflictos civiles el Juez carece de un rol significativo como conciliador.

Si el trámite esencial de la conciliación produce un escaso resultado como iniciativa del Juez, menos aplicación aún tiene esta otra conciliación, establecida como trámite meramente facultativo del Tribunal.

El mecanismo de mediación de la CONADI

Sin embargo, existe en la ley indígena otra alternativa de solución de conflictos que se ha denominado conciliación administrativa, por cuanto se lleva a cabo ante la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI, con la intervención de un ministro de fe de ese servicio público denominado abogado conciliador⁶.

La institución de la ley 19.253 que se ha denominado "conciliación administra-

tiva" es más bien un proceso de Mediación⁷, por el rol que juega el abogado que es un funcionario de la CONADI.

La Mediación, como negociación llevada a cabo con la asistencia de una tercera parte aceptable, imparcial y neutral es un

lesionados sus derechos puedan reclamar de ello ante el Servicio Nacional del Consumidor, quien dará a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio Nacional del Consumidor promoverá un entendimiento voluntario entre las partes. El documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor."

⁶ Ejemplos de servicios públicos que tienen facultades para actuar de mediadores se encuentran en el derecho positivo chileno en materia laboral y de protección al consumidor.

El decreto con fuerza de ley n° 2 de 1967, sobre la Organización y Funciones de la Dirección del Trabajo, señala en su artículo 29: "La Dirección del Trabajo y los funcionarios de su dependencia podrán citar a los empleadores, trabajadores, directores de los sindicatos o a los representantes de unos u otros, o cualquiera persona en relación con problemas de su dependencia, para los efectos de procurar solución a los asuntos que se le sometan en el ejercicio de sus respectivas funciones, o que deriven del cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, como asimismo, para prevenir posibles conflictos"

El artículo 50 de la ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores señala: "Será competente para conocer de las acciones a que dé lugar la aplicación de la presente ley el juez de policía local de la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, o en su caso, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que los consumidores que consideren

⁷ La Mediación y el Arbitraje han tenido su desarrollo más notable en el medio jurídico chileno en el ámbito comercial, donde la lentitud judicial hace inviable la resolución de conflictos por la vía del juicio, por las características particulares de las relaciones comerciales, principalmente respecto de incumplimiento de contratos.

En 1993 fue creado el Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Su finalidad es prestar un buen servicio en la administración de los arbitrajes y mediaciones nacionales e internacionales -en el ámbito civil y comercial-, y designar los árbitros y mediadores pertinentes al caso y cuando las partes así lo hayan pactado.

Durante su desarrollo, este Centro ha tenido dos períodos claves. En un principio sólo realizó arbitrajes, pero en 1998 decidió incorporar la mediación como una opción más para la solución de conflictos. En términos prácticos, el arbitraje es un juicio privado que tiene un juez que actúa como árbitro, el cual es designado de común acuerdo por las partes. Dicho árbitro luego de seis meses tendrá que dictar una sentencia que es de carácter obligatorio y completamente ejecutable. En "Arbitraje y Mediación: Alternativa para tener en cuenta" en www.via juridica.com.

proceso voluntario, que se distingue claramente de un proceso judicial y de uno arbitral⁸.

En el ámbito de la resolución de conflictos con un contenido étnico, la ineficacia de la sentencia judicial como mecanismo de solución se aprecia claramente en la multiplicidad de juicios que tienen su origen en una misma controversia jurídica, que generalmente dice relación con tierras. La querrela por usurpación, el juicio de comodato precario o de demarcación y cerramiento, la interposición de un interdicto posesorio, luego una demanda reivindicatoria y hasta un recurso de protección, en la práctica no son juicios independientes, sino etapas sucesivas de un mismo conflicto, que se prolonga por años y décadas, y que no encuentra solución a pesar que existen varias sentencias que formalmente dirimen la controversia.

La Mediación se consagra en la Ley Indígena n° 19.253 en el artículo 55, que se ubica en el título correspondiente a las normas especiales de los procedimientos judiciales.

"Para prevenir o terminar un juicio sobre tierras, en el que se encuentre involucrado algún indígena, los interesados podrán concurrir voluntariamente a la Corporación a fin que se los instruya acerca de la naturaleza de la conciliación y de sus de-

rechos y se procure la solución extrajudicial del asunto controvertido. El trámite de la conciliación no tendrá solemnidad alguna."

"La Corporación será representada en esta instancia por un abogado que será designado al efecto por el Director, el que actuará como conciliador y ministro de fe. Este levantará acta de lo acordado, la que producirá el efecto de cosa juzgada de última instancia y tendrá mérito ejecutivo. De no llegarse a acuerdo podrá intentarse la acción judicial correspondiente o continuarse el juicio, en su caso".

Características de la Mediación de la CONADI

La disposición acerca de la Mediación ha sido una de las normas que ha tenido más aplicación durante la vigencia de Ley Indígena n° 19.253, no solamente porque existen recursos humanos especialmente dedicados a la labor de resolver conflictos, sino porque se adecua más a la cultura e idiosincrasia indígenas, y a la realidad de los conflictos con contenido étnico.

En primer lugar, el Abogado Conciliador debe instruir a las partes acerca de sus derechos, lo cual implica un análisis de documentos y planos, lo que por sí solo en ocasiones genera una solución inmediata al caso.

En segundo lugar, las facultades del conciliador se fundamentan en su "autoritas" vale decir, en las proposiciones que pueda hacer a las partes y en su poder de convicción, de tal manera que tales pro-

⁸ Moore, C. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. Jossey-Bass Publishers, 1986., citado por Sara Horowitz, "Conflicto y Negociación", en "Mediación una respuesta interdisciplinaria" Eudeba 1997.

posiciones puedan llegar a ser “justas” o aceptadas por los interesados. Ello implica que sus atribuciones están socialmente reconocidas y por tanto el resultado de la conciliación se cumple por el convencimiento de las partes.

El Conciliador carece de “imperium”, es decir no puede imponer su voluntad a las partes. Sin embargo, esta distinción, que viene en nuestra tradición jurídica del derecho romano, no tiene significación en la costumbre jurídica indígena, de tal manera que las proposiciones del Abogado Conciliador tienen en tal tradición jurídica una fuerza obligatoria mayor que en la Mediación tal y como se entiende en la legislación nacional, todo lo cual resulta reforzado por el hecho que el Conciliador, como representante de la CONADI, es un representante del poder estatal ante las partes indígenas en conflicto⁹.

En tercer lugar, el procedimiento de la conciliación se rige por el principio de la inmediación, vale decir, el abogado conciliador toma un contacto directo con los me-

dios de prueba y las partes, y ello se debe precisamente a la ausencia de mayores ritualidades.

Esto resulta especialmente interesante en el caso de las comunidades mapuche, donde como consecuencia de los procesos histórico-jurídicos de radicación y división de las reservas, los problemas se producen precisamente entre parientes, por lo cual se hace necesario también un trabajo previo de acercamiento personal y humano entre las partes. Resulta obvio que en este sentido la labor de persuasión del Conciliador debe ser directa, y no a través de ritualidades, escritos o intermediarios¹⁰.

En cuarto lugar, el procedimiento de conciliación se destaca por la economía procesal, en tiempo y dinero, lo que representa una considerable ventaja frente al otro medio de resolución del conflicto, que es el proceso contencioso¹¹.

⁹ En tal sentido, los Jueces de las áreas indígenas también podrían hacer uso de la “autoritas” que les confiere su dignidad, pero por problemas de poca especialización o incluso falta de comprensión de la cultura, no hacen uso de las facultades que la ley les confiere, lo cual permitiría en no pocas ocasiones ahorrar años de juicios y alteración de la armonía social.

A este respecto debemos hacer nota que en el artículo 60 del proyecto de ley se establecía que los Jueces de áreas indígenas deberían realizar capacitación periódica que les permita atender adecuadamente las causas en que los indígenas sean parte, disposición que no se mantuvo en el texto definitivo.

¹⁰ Asimismo, debe tomarse en consideración que por disposición de los artículos 15 y 30 de la Ley Indígena n° 19.253, en el Registro de Tierras que lleva la misma CONADI se inscriben las tierras indígenas y se tiene copia de los títulos de merced y comisario, así como de otros documentos de los Juzgados de Indios y del Conservador de la Propiedad Indígena, con lo cual el Abogado Conciliador puede contar con todos los antecedentes necesario para proponer las bases de acuerdo.

¹¹ En efecto, para enfrentar un juicio con posibilidades de éxito, es indispensable la producción de medios de prueba, tales como documentos que se encuentran en registros públicos, lo que implica el pago de los correspondientes derechos, o el traslado de testigos hasta el Tribunal, lo que puede ser extraordinariamente oneroso si se piensa que tales testigos generalmente viven lejos de las ciudades que sirven de asiento al Tribunal, a lo que se suman los gastos

En quinto lugar, la Mediación es también un trabajo interdisciplinario, donde el Abogado Conciliador de la CONADI tiene la asesoría directa de profesionales de la geomensura, cuya intervención es determinante en los juicios de tierras, sin perjuicio de la asesoría de otros profesionales, como asistentes sociales.

Ámbito de aplicación de la Mediación de la CONADI

Debemos distinguir entre lo que son los límites en cuanto a las personas y los límites en cuanto a la materia.

En primer lugar, en cuanto al objeto del conflicto, el ámbito de aplicación de la conciliación extrajudicial es más amplio que aquel del procedimiento especial indígena, pues mientras que éste solamente puede aplicarse a los juicios sobre tierras indígenas, la conciliación extrajudicial puede aplicarse en general a los juicios sobre tierras en que tenga interés un indígena.

Si bien actualmente la CONADI interpreta que la conciliación administrativa se aplica solamente a las tierras indígenas, de la historia fidedigna de la discusión de la ley existe constancia que el Senador William Thayer propuso limitar esta institución a las tierras indígenas, lo que fue rechazado en la

Comisión Especial de Asuntos Indígenas de la Cámara de Senadores. Luego la voluntad del legislador era aplicar la disposición relativa a la Mediación a toda clase de conflictos suscitados sobre tierras, con independencia del carácter de indígena de estas y donde estuvieran involucrados los indígenas.

Lo cierto es que tal redacción e interpretación permite que se aplique este procedimiento a las pretensiones históricas de los indígenas sobre tierras que desde el punto de vista de la propiedad inscrita pertenecen a particulares y por tanto no tienen el carácter de tierra indígena.

En segundo lugar, desde el punto de vista de las personas a las que se le puede aplicar el procedimiento, basta que una de las partes o interesados sea indígena, y dependiendo de la interpretación que se le dé a la palabra "interés", también se podría aplicar a conflictos en que los indígenas tienen un interés no patrimonial¹².

Naturaleza Jurídica del Acta de Acuerdo

Según lo establecido en el artículo 55 de la Ley Indígena n° 19.253, en caso de llegarse a acuerdo, el Abogado Conciliador de la CONADI levantará un acta de lo acor-

en receptor judicial. Lo anterior considerando que el litigante pueda contar con asesoría jurídica gratuita, sea de un postulante de la Corporación de Asistencia Judicial o de un alumno en práctica de una Escuela de Derecho, ya que la contratación de un abogado particular está usualmente fuera de las posibilidades económicas de la mayoría de los indígenas.

¹² Respecto del sentido y alcance de las expresiones "tierra" e "interés" en el ámbito de la Mediación en materia indígena, ver Rodrigo Abarzúa Vergara "La Conciliación Extrajudicial en la Ley Indígena como Medio de Resolución Alternativa de Conflictos Relativos a la Tierra" Informe Final de Curso de Tesis, Carrera de Derecho, Universidad Católica de Temuco, 1999.

dado que producirá el efecto de cosa juzgada de última instancia.

Este acto jurídico participa de un doble carácter de acto administrativo, por cuanto se realiza ante un funcionario público, actuando dentro de la esfera de sus atribuciones, según lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República¹³, y de título ejecutivo, según se desprende del numerando 7 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil¹⁴.

Desde este punto de vista, la validez del acta de acuerdo dependerá del cumplimiento de las formalidades y requisitos del acto jurídico de derecho público, que tiene que ver principalmente con el hecho de la investidura del funcionario público en calidad de Abogado Conciliador, y de la circunstancia que actúe dentro de la esfera de sus atribuciones. Por otra parte, como título ejecutivo, en el juicio ejecutivo se podrá impugnar por medio de las excepciones que contempla el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, especialmente en lo que se refiere a la falta de alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva, como se contempla en el numerando 7 de ese precepto legal.

¹³ "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley" Artículo 7 inciso 1° de la Constitución Política de la República.

¹⁴ "El juicio ejecutivo tiene lugar en las obligaciones de dar cuando para reclamar su cumplimiento se hace valer alguno de los siguientes títulos: cualquiera otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva" Artículo 434 n° 7 del Código de Procedimiento Civil.

La Mediación de los Jueces de Paz Indígenas

En el proyecto de ley de 1991 existió otra alternativa de Mediación, a cargo de los Jueces de Paz¹⁵, establecida en el artículo 91 de ese texto:

"...corresponderá a los Jueces de Paz Indígenas actuar como conciliadores en todos los asuntos que le sean sometidos a su conocimiento, aunque exceda de su competencia en razón de su cuantía, siempre que se trate de conflictos entre indígenas, que uno de ellos al menos tenga domicilio en la o las comunidades de su jurisdicción y se refiera a obligaciones contraídas o hechos ocurridos dentro de su territorio jurisdiccional"¹⁶.

¹⁵ En el Perú, en las zonas rurales y urbano-marginales, la administración de Justicia es ejercida por Jueces de Paz, vecinos elegidos por la comunidad, de acuerdo a sus cualidades morales y legalmente autorizados para actuar según su propio criterio de Justicia en faltas y conflictos. Los 4.000 jueces de paz tiene una alta legitimidad, pues es una Justicia menos costosa, que se ejerce sin tecnicismos legales, en el idioma de las partes. Respecto de la Mediación efectuada por Jueces de Paz en Perú, ver "Jueces de Paz: Aplicando la Ley y la Costumbre" Wilfredo Ardito Vega, en Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Arica, marzo de 2000.

¹⁶ En el proyecto enviado al Parlamento el 15 de octubre de 1991, que se convirtió en la actualmente vigente ley 19.253, de 1993, se establecía el nombramiento de Jueces de Paz, que debían ser propuestos en terna por las comunidades legalmente constituidas, a la respectiva Corte de Apelaciones, quien efectuaría la designación. Los Jueces de Paz debían ser integrantes y tener su domicilio permanente en la comunidad o agrupación de comunidades respectiva, ejercer una autoridad tradicional y en lo posible, saber leer y escribir, y en caso que no supiesen leer y escribir, debían ser asistidos por una persona alfabetizada que hiciese las veces de Secretario.

En general, los Jueces de Paz debían llegar a acuerdos entre las partes, cuando fuere posible, utilizando la costumbre y el derecho consuetudinario indígena como elemento fundamental para resolver¹⁷.

De esta manera, se descaba recoger del derecho consuetudinario indígena una forma tradicional de resolución de conflictos, tal como lo establecía el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT.¹⁸

El establecimiento de los Jueces de Paz no llegó al texto definitivo que se publicó como ley de la República, atendido que en la sesión del 20 de enero de 1993 se derivó la iniciativa al proyecto de ley sobre Tribunales Vecinales, que finalmente no fue aprobado¹⁹.

Los asuntos sometidos a la competencia de estos jueces eran principalmente aquellos conflictos derivados de las relaciones familiares o de vecindad que no fueren constitutivas de delito, y otros conflictos menores.

¹⁷ Si bien en este mecanismo de resolución de conflictos era un Juez de Paz el que promovía las bases del acuerdo, se puede sostener que también actuaba en calidad de Mediador, por cuanto el Juez carecía de competencia para seguir conociendo del asunto, si las partes no llegaban a acuerdo.

¹⁸ Dicho texto establece que: "Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos..."

¹⁹ Ver "Multiculturalidad y Resolución de Conflictos" de Luis Zapiola y Leonor Slavsky, en Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Arica, marzo de 2000, donde

Reflexiones finales

En síntesis, si bien la conciliación como mecanismo de resolución de conflictos ha tenido una escasa significación en la práctica como solución alternativa al juicio declarativo, la Mediación promovida a través del Abogado Conciliador de la CONADI presenta notorias ventajas y una aplicación bastante más generalizada.

En lo sucesivo podemos esperar que la intervención del Abogado Conciliador de la CONADI exceda la aplicación que hasta ahora se le ha dado y se lleve a cabo como arbitraje, para lo cual se bastaría incluir en los contratos entre indígenas, que versen sobre tierras, una cláusula en la cual se le otorgue competencia a la CONADI en calidad de árbitro, actuando dentro de las atribuciones que le otorga el artículo 39 inciso 2° letra d) en relación con el artículo 55 de la Ley Indígena n° 19.253.

se analiza las implicancias jurídicas y antropológicas de la condición de los países latinoamericanos de ser multiétnicos y pluriculturales. Tal concepto analizado en tres órdenes: la política indigenista en un Estado multicultural, la recepción positiva del Derecho Indígena en el marco administrativo, legislativo y judicial, y la resolución de conflictos interculturales en el ámbito del poder judicial, y en la mediación como alternativa de resolución de conflictos

Bibliografía

Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Arica, marzo de 2000.

Abarzúa Vergara Rodrigo *"La Conciliación Extrajudicial en la Ley Indígena como Medio de Resolución Alternativa de Conflictos Relativos a la Tierra"* Informe Final de Curso de Tesis, Carrera de Derecho, Universidad Católica de Temuco, 1999.

Caivano, Roque. *"Arbitraje, Su Eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos"*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

Código de Procedimiento Civil.

Constitución Política de la República.

Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989. Serie Documentos, Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Santiago de Chile, 1990.

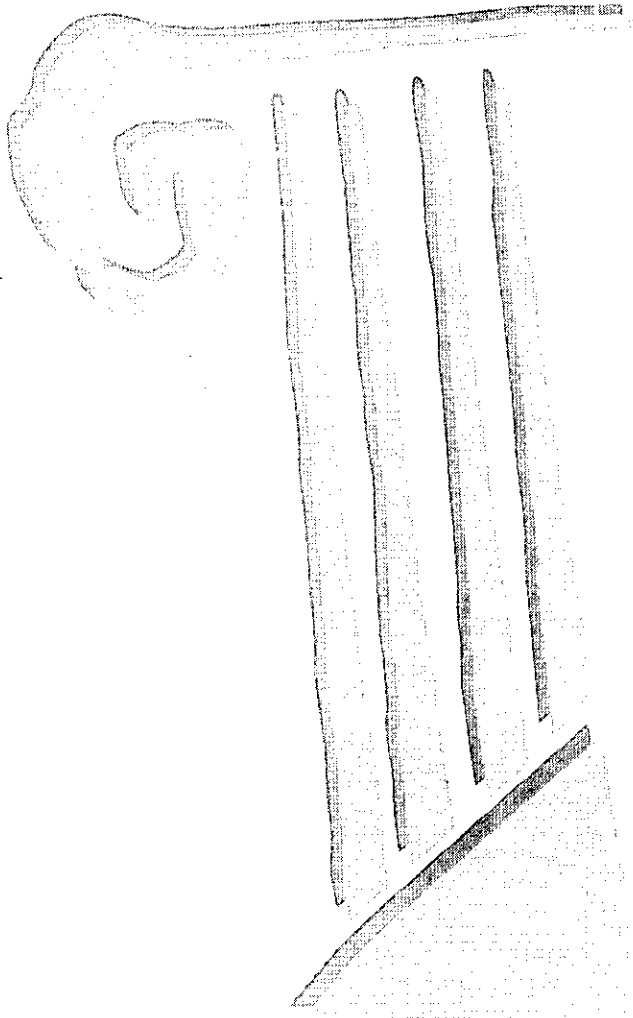
Historia de la Ley. Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario. Ley 19.253 Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Horowitz Sara y otros. *"Mediación una Respuesta Interdisciplinaria"* Eudeba, Buenos Aires 1997.

Ley Indígena N° 19.253, publicada en el Diario Oficial de 5 de octubre de 1993.

Vargas Tapia, Carlos. *"La Conciliación en Nuestro Ordenamiento Jurídico y en la Nueva Legislación Indígena"* Impresos Kolping, Temuco, 1995.

La Resolución de Conflictos: Distintas Miradas



Artículos

«Se abre una nueva oportunidad: Importando sistemas horizontales de Justicia durante una época de Reforma Judicial»

JAMES MICHAEL COOPER

«Resolución alternativa de conflictos (RAC)»

ERHARD BLANKENBURG

«Justicia restaurada en sociedades diversas y desiguales»

KATHLEEN DALY

«¿Hacia una armonización de la Mediación Familiar en Europa?»

GUILLERMO PALAO MORENO

«La resolución alternativa de conflictos en el sistema penal de Nueva York»

JAMES GOULDING

«La mediación transformadora en Nueva York»

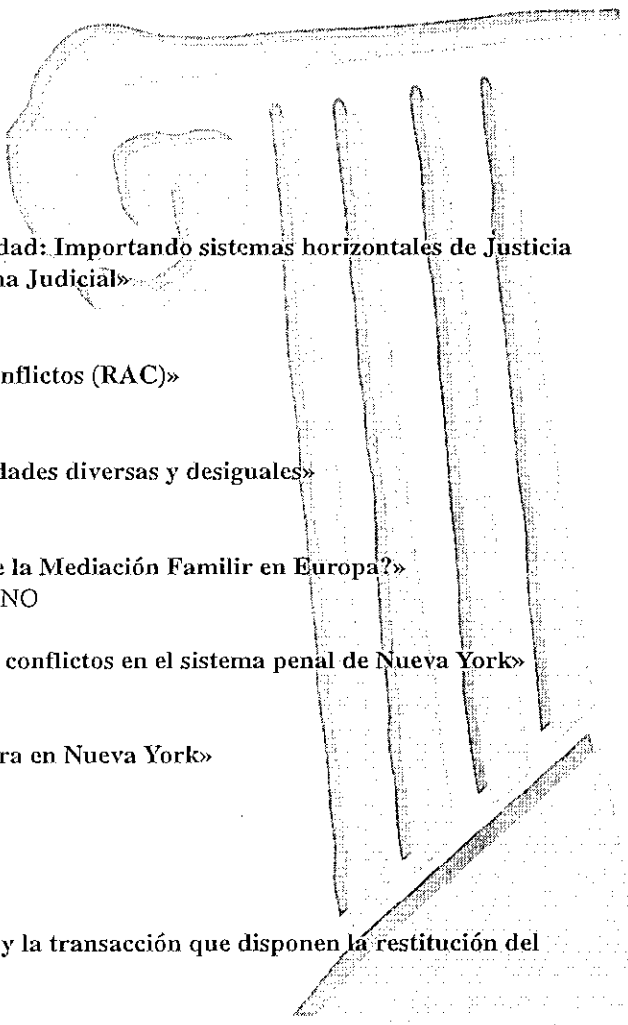
STEPHEN E. SLATE

«Arbitraje en España»

SILVIA BARONA VILLAR

«Ejecución de la conciliación y la transacción que disponen la restitución del inmueble arrendado»

JULIO E. SALAS VIVALDI



«SE ABRE UNA NUEVA OPORTUNIDAD: IMPORTANDO SISTEMAS HORIZONTALES DE JUSTICIA DURANTE UNA EPOCA DE REFORMA JUDICIAL»

James Michael Cooper¹



Introducción

Desde que los distintos regímenes autoritarios en América Latina llegaron a su fin, los Estados Unidos, gobiernos europeos, agencias de ayuda internacionales, instituciones financieras multilaterales y bancos de desarrollo han entregado asistencia a varios Estados de la región en la transición hacia la democracia. En general, los programas de préstamo y ayuda se han enfocado a mejorar el acceso a la justicia y a promover el estado de derecho en dos formas distintas. La primera es a través de la reforma judicial, enfocada hacia mecanismos mediante los cuales los tribunales puedan obtener justicia de una manera independiente, justa y eficiente, ajenos a presiones políticas. Los programas en esta área se han enfocado a mejorar los presupuestos judiciales, la capacitación de jueces y otros funcionarios, de tribunales, en nuevos procedimientos, dando fluidez al manejo de casos y otras tareas administrativas judiciales. La segunda manera se relaciona con la reforma

legal, redacción de nuevos modelos de códigos criminales, civiles y administrativos para su promulgación e implementación en una economía de libre mercado en desarrollo.

Ninguno de estos aprontes ha tenido los resultados esperados. Según Thomas Carothers, Vicepresidente de Política Global de la Fundación Carnegie para la Paz Universal y ex funcionario de USAID, "lo que se destaca en asistencia judicial de EE.UU. desde mediados de los '80 es lo difícil y a menudo frustrante que es este trabajo" (1). A pesar de las donaciones y préstamos que las agencias gubernamentales de Estados Unidos y Europa y las instituciones internacionales de ayuda han proporcionado para reformar los sistemas judiciales de algunos países Latinoamericanos, 'los atrasos en los casos, y la poca certeza de los resultados han disminuido la calidad de la justicia a través de la región. Entre los obstáculos que encara la judicatura están la administración disfuncional de la justicia, la falta de transparencia, y una percepción de corrupción. La dilación y la corrupción en los sistemas judiciales de Latinoamérica han alcanzado proporciones sin precedente.(2)'

¹Decano Asistente de 'California Western School of Law' en San Diego, California. Es abogado canadiense, Director Ejecutivo de 'McGill Center for Creative Problem Solving', y co-fundador del 'Proyecto Acceso', programa Pan-Americano de Reforma Judicial y Entrenamiento de Destrezas que tiene su Sede Oficina Principal en Temuco, Chile.

Es más, hasta el día de hoy los proyectos de ley no han entregado reformas judiciales importantes, mucho menos una reforma que sea sustentable. Programas promovidos, financiados y diseminados por el Banco Mundial, agencias de desarrollo y gobiernos occidentales se han enfocado principalmente en sistemas de justicia vertical – aquellos que involucran un procedimiento en tribunales que es de naturaleza jerárquica. Los sistemas de justicia vertical se enfocan en los juicios y promueven una cultura de victimización y culpa. El financiamiento para la reforma se ha dirigido al extremo superior del sistema vertical de justicia – jueces de los tribunales superiores. Una buena parte de la reforma ha consistido en instalar nuevos sistemas de computación – muy necesarios por cierto – y en entrenar personal; o en reunir a un grupo de especialistas de agencias internacionales, ministros de justicia y destacados miembros de la judicatura en conferencias para hablar sobre el acceso a la justicia. Los fines que se pretenden son muy honorables – llamados a la acción, debate intelectual, enlace de políticas, son muy importantes y la construcción de una eficiente arquitectura de información es aún más. Pero los beneficios del conocimiento y la eficiencia son generalmente diseñados para fluir desde la cima hacia abajo. Este programa de goteo en justicia, pretende que otras instituciones estatales y sociales tengan efectos positivos a largo plazo en la judicatura, como una parte independiente del gobierno democrático y no parte del proceso político. (3)

Como parte de esta estrategia puede haber una estrategia paralela dirigida a una

parte diferente de la arquitectura legal – el diseño de mecanismos de solución de los problemas más eficientes, para ser usado por todos los miembros de la sociedad civil. Algún financiamiento debiera estar dirigido a construir una cultura de cambio legal y a capacitar a los agentes judiciales para que sean capaces de asegurar la sustentabilidad de la reforma. Estos especialistas de la nueva reforma judicial deben, primero, dominar los conocimientos de la abogacía, ya que muchos Estados Latinoamericanos están atravesando un proceso de modificación de sus respectivos códigos de procedimiento criminal; para hacerlos más justos, más transparentes y más efectivos. Este proceso de transición mueve el proceso criminal, basado en la acusación escrita, hacia procesos orales. En el nuevo esquema se necesitan destrezas de abogacía oral (interrogación y escucha, contra-examinación), los tribunales están abiertas al público y a la participación de abogados, y se crea un nuevo acceso a la justicia a través de los oficios del defensor público. Los conocimientos de abogacía esenciales pueden ser aplicados en el sistema de tribunales recién modificado, en los medios de difusión, y en la cultura.

Pero los conocimientos de abogacía no pueden ser aplicados solos. El agente de cambio judicial – el abogado de las Américas – tiene numerosos roles más allá de la figura tradicional del luchador. Ciertamente, la abogacía es una herramienta importante. Estos abogados deben ser además diseñadores y arquitectos de relaciones sociales y no sólo los diseñadores de estrategias legales en los tribunales. Los

abogados diseñan la legislación, diseñan los programas de control de drogas, y diseñan las estrategias para establecer los pasos en los tribunales. Como abogados podemos vernos a nosotros mismos como expertos en construcción de la regulación legal y creadores de nuevas soluciones para nuestros clientes. Nosotros facilitamos y construimos relaciones familiares, de negocios y otras. En resumen, los abogados son los arquitectos de las relaciones sociales de sus clientes.

Además del rol de diseñador, uno de los principales roles que juega un abogado – ya sea juez, acusador, defensor, u oficial de justicia – es el de solucionador de problemas. El solucionador de problemas usa la identificación del problema y sus conocimientos constructivos para desarrollar mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Esto se está haciendo necesario ya que el sistema judicial se encuentra cada vez más recargado, con poco personal y fondos reducidos. En Estados Unidos, incluso algunos jueces de corte se encargan de buscar espacios disponibles en centros de tratamiento para los acusados que ante ellos comparecen. Hay abogados que solicitan que sus clientes involucrados en disputas sobre asuntos familiares sigan algún tipo de terapia o tratamiento. Regímenes alternativos de sentencia tales como la de Cortes de Juventud (pares) proporcionan un sistema de justicia horizontal de mayor rehabilitación. Programas de diversificación tales como cortes comunales, pacificación y reconciliación entre víctima y ofensor se están usando cada vez más en lugar de

sistemas más verticales. En contraste del acercamiento de arriba hacia abajo favorecido por la tradición, algunos agentes judiciales de cambio, han diseñado acercamientos más horizontales para que los litigantes, víctimas, ofensores, y funcionarios estatales tengan un número de opciones. Hay una cantidad de mecanismos de solución de problemas que pueden ser desarrollados, piloteados, instituidos y sostenidos.

Sesiones de Pacificación (Peacemaking Sessions)

Uno de los mejores y más exitosos ejemplos de sistema horizontal es el programa de pacificación de la Nación Navajo bajo los auspicios de la Corte Suprema Navajo. Mientras existen procedimientos criminales bien definidos y muy utilizados para la mayoría de los crímenes, hay algunos crímenes que son tratados fuera del modelo cultural Occidental de acusación-reproche.

En la pacificación se entrega un examen bien pensado y atento, de cada aspecto de un problema, para alcanzar conclusiones acerca de cómo mejor resolverlo. El concepto tradicional de justicia Navajo está basado en la discusión, consenso, necesidad relativa y conciliación. El mecanismo es esencialmente horizontal, con los constituyentes participando en un círculo y teniendo cada uno el derecho a decir sus respectivas verdades. Claramente no hay ninguna jerarquía ya que ninguna persona está sobre la otra. No existe un juzgamiento propiamente tal, sino que más

bien hay un marco en donde se busca que al autor tome responsabilidad por sus propios actos con el apoyo de los demás. Esto puede transformar no solo al imputado, sino que también a los demás participantes involucrados en el proceso.

En el modelo occidental y más vertical de justicia existe una figura de autoridad – el Estado representado por el juez o panel de jueces, un tomador de decisiones, un árbitro, un arbitrador. Un sistema horizontal de justicia frecuentemente se describe como un círculo, porque no hay un juez a quien recurrir, ni hay un demandado abajo, el sujeto de juicio. No hay un principio ni hay un final. Cada punto (o persona) en la línea de un círculo mira hacia el mismo centro como el foco. El círculo es simbólico en esta cultura debido a su naturaleza; es perfecto, ininterrumpido, y una celebración de unidad, armonía e interconexión. (5)

Cortes de Solución de Problemas (Problem Solving Courts) en Estados Unidos

Las Cortes de Solución de Problemas son ejemplos de la integración de principios de justicia horizontal dentro de instituciones existentes de justicia vertical. Las Cortes de solución de problemas proporcionan una intervención judicial continua, que vigila de cerca y da respuesta inmediata al comportamiento, empleando un acercamiento multi-disciplinario para la resolución del problema en cuestión. Al colaborar con organizaciones basadas en la comunidad, agencias gubernamentales, y

grupos religiosos, los imputados gozan de apoyo y de una oportunidad para desarrollar su capacidad de autodeterminación.

En Agosto del 2000, la Conferencia de los Jefes de Justicia de EE.UU. y la Conferencia de Administradores Estatales de Cortes, adoptaron la siguiente resolución acordando en parte ‘promover, cuando sea apropiado, la amplia integración, dentro de la próxima década, de los principios y métodos empleados en las Cortes de Solución de Problemas en la administración de justicia, para perfeccionar los procesos y resultados de las cortes preservando al mismo tiempo la autoridad de la ley, aumentando la efectividad judicial, y acogiendo las necesidades de los litigantes, víctimas y la comunidad.’(6)

Al declarar esto, los 50 Jefes Estatales de Justicia y los 50 Administradores Estatales de Cortes, demostraron su compromiso y el de la administración de justicia, hacia la adopción de foros de resolución de disputas de carácter terapéutico y basados en el método de solución de problemas. Como resultado, existe una oportunidad sin precedentes para la transición hacia sistemas de rehabilitación responsable basados en cortes que sean más efectivos, transparentes y satisfactorios.

Al integrar servicios de tratamiento con procedimientos judiciales, las Cortes de Tratamiento de Drogas son un ejemplo de una corte de Solución de Conflictos. El problema es que con el rápido avance de la adicción a las drogas y siendo las drogas combatidas internacionalmente, hay más

infractores por droga presentándose ante el sistema judicial. Las cortes de drogas se enfocan a infractores por drogas que desean participar en su rehabilitación. La corte de Tratamiento de Drogas construye un puente entre la criminalización y legalización del ofensor adicto a las drogas.

Cortes Juveniles entre Pares (Youth Peer Courts)

La Corte de Juventud es otro ejemplo de Corte de Solución de Conflictos que integra principios de justicia horizontal. La Corte de Juventud proporciona al joven ofensor no violento una oportunidad para evitar la encarcelación al comprometerse a un programa de rehabilitación. A cambio de una confesión de culpabilidad, los demandados evitan quedar con antecedentes criminales permanentes. Ellos deben aceptar que sus sentencias sean derivadas desde el sistema más vertical hacia este otro sistema más horizontal en que el jurado esta integrado por sus pares, es decir, por otros jóvenes.

El jurado adopta una sentencia que incluye dos comparecencias ante el jurado y una carta de disculpa a sus víctimas, y puede también incluir un castigo u otros recursos adicionales cuando sea necesario. Los demandados tienen dos meses para cumplir sus respectivas sentencias y son supervisados por miembros de la comunidad – padres, oficiales del tribunal, estudiantes de leyes y otros voluntarios. Con estos monitores de cumplimiento, las Cortes de Juventud suscriben el valor del voluntariado. Las estadísticas muestran que los imputados

que pasan por las Cortes de Juventud son menos propensos a reincidir.

Principios de Justicia Horizontal

El uso de principios de justicia horizontal, puede ayudar a llenar los vacíos en los cuales sistemas más verticales de justicia no han logrado resolver problemas o donde los oficiales de justicia han abdicado de su rol. La sociedad está constantemente en movimiento, y “en un movimiento claramente más rápido que la ley, por lo que la probabilidad siempre existe de que cualquier porción de la ley necesite ser reexaminada para determinar hasta donde ella calza con los propósitos que debe servir.”(7) Los mecanismos horizontales intentan juntar a los diversos constituyentes como partes interesadas para la resolución del problema y no se enfocan tanto a la adjudicación de culpabilidad. Frecuentemente el mecanismo judicial horizontal proporciona un foro para que los participantes sean escuchados y les da una ‘voz’ en él. Estos diversos procesos horizontales son terapéuticos por naturaleza, y conducen a la resolución del problema, y no resultan en modelos patológicos cíclicos. En el contexto de la ley criminal, estos programas son frecuentemente llamados “Justicia Restauradora”, porque ellos apuntan no sólo a restaurar la comunidad a su estado anterior al crimen, sino que también apuntan a restaurar a los imputados en su comunidad y también respecto de sí mismos.

Al conducir el proceso fuera del procedimiento criminal tradicional y dentro

de un régimen alternativo, son posibles ejercicios de identificación del problema, no para que se adjudique la culpa, sino para que la responsabilidad (no el efecto) del problema sea reconocida y se lleve a cabo la modificación de la conducta. En el contexto criminal, hay dos partes únicamente: el Estado, representado por el juez y el fiscal por un lado, y el defendido, por el otro. Al involucrar estos modelos alternativos a varios constituyentes y a la comunidad, hay una cantidad de participantes que ayudan en el diseño de las soluciones. Los procesos enfocados a problemas tienden a solucionar el problema, no a adjudicar la culpa, que resulta parte de una patología cíclica. Los programas son preventivos por naturaleza. Más importante aún, los procesos de justicia horizontal miran hacia delante y no miran hacia atrás.

Justicia Horizontal en el Tiempo de Reforma Judicial

A medida que los Estados Latinoamericanos reforman sus respectivos procedimientos criminales y civiles hacia procesos más acusatorios, participativos y transparentes, existe una maravillosa oportunidad para introducir sistemas y principios de justicia horizontal dentro de la reforma. Existe una gran necesidad de construir las leyes que sostendrán las estructuras legales para obtener el Tratado de Libre Comercio para las Américas, el bloque comercial que va desde Anchorage hasta Tierra del Fuego.

Durante la Segunda Cumbre de las Américas, en Santiago de Chile, los líderes

de los 34 estados de las Américas (salvo Cuba) establecieron (en parte) en su Declaración de Principios del 19 de Abril de 1998, lo siguiente: "Conscientes de que una administración de justicia independiente, eficiente y efectiva juega un rol esencial en el proceso de consolidar la democracia, refuerza sus instituciones, garantiza la igualdad a todos los ciudadanos y contribuye al desarrollo económico, nosotros estimularemos las políticas relacionadas con la justicia y fomentaremos las reformas necesarias para promover la cooperación legal y judicial."(8)

Con la integración de las economías globales bien encaminadas, hay una necesidad de inyectar nuevas funciones de solución de conflictos dentro de la reforma judicial y asegurar que el estado de derecho prevalezca a través de las Américas. Se necesita un nuevo tipo de abogado para trabajar en el área de la globalización – donde el comercio y la inmigración han construido la aldea global. Para unir las culturas (Norteamericana y Latinoamericana) – en particular la cultura legal – nosotros debemos desarrollar una tecnología de avance bilateral alternada – una forma de justicia que reconozca que los procedimientos criminales deben ser más transparentes, abiertos a las revisiones y los balances que vienen con el testimonio oral y otras reglas de evidencia, pero que reconozca también que las Américas son un lugar multicultural y que las instituciones específicamente culturales – incluyendo las de pacificación y conciliación de los pueblos indígenas – deben ser incorporadas al sistema, no apartadas como mecanismos

arcaicos.

Para construir esta cultura legal — una en la cual la protección de los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos son ambos protegidos y el estado de derecho consagrado — nosotros debemos investigar y desarrollar una enciclopedia de las mejores prácticas en técnicas de solución de problemas. Nuevos modelos híbridos de foros de resolución de conflictos deben ser generados, documentados y diseminados. Para ésto se requiere de los nuevos abogados de las Américas unas nuevas destrezas de abogacía. Sin duda, el avenimiento de juicios orales requerirá nuevas habilidades de abogacía. En concomitancia con estas destrezas, hay otras instancias y jurisdicciones en las cuales los abogados deben representar a sus respectivos clientes — en cultura, el mundo corporativo, en sociedad, dentro del gobierno e instituciones intergubernamentales y en los medios de difusión. Por lo tanto, nuevas destrezas tales como abogacía en los medios de difusión (9), abogacía institucional, y negociación intercultural se están haciendo cada vez más importantes. El tipo de disputas que las Américas enfrentarán en el nuevo milenio — con la llegada del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas — nos obliga a ser creativos y abarcar tanto a la globalización como a las soluciones locales.

Instituciones de solución de conflictos que reflejen el carácter local y rindan homenaje a las constituciones locales, nacionales y regionales deben ser creadas y diseminadas. A través de las Américas, hay

ejemplos de instituciones que están fuera del sistema de corte tradicional Occidental, vertical y orientado hacia la culpa, que están en uso. El desafío está en documentar estas cortes de solución de problemas, cortes comunales, cortes de juventud/pares, cortes de drogas, y círculos de conciliación — y definir un número de prácticas eficaces. El conjunto de destrezas, para crear estos mecanismos de manera consistente y apropiada, deben ser enseñados. Si vamos a tener mecanismos verdaderamente transparentes, horizontales y efectivos para solucionar los conflictos sociales, debemos desarrollar, implementar y copiar estos modelos donde sea apropiado.

La tecnología legal debe entonces estar disponible para que los agentes de cambio judicial puedan diseñar y promover programas de solución de conflictos dentro de sus respectivos Estados. Se debe proveer programas para funcionarios del Ministerio de Justicia, jueces, defensores públicos, grupos de abogados de la sociedad civil, como también oficiales ejecutores de la ley (y juntos) enfocados a ejecutar y mantener foros apropiados de resolución de disputas y que respeten las costumbres, tradiciones e historia de sus propios pueblos (9). Los agentes de cambio judicial deben examinar sus propios sistemas legales y explorar métodos por los cuales puedan ejecutarse proyectos pilotos sustentables. Ellos deben enfocarse en desarrollar mejores prácticas y métodos por los cuales tales programas puedan ser desarrollados, medidos y financiados. Programas específicos en países escogidos deben ser desarrollados, asociaciones con entidades del sector

público y privado deben ser promovidas, y un apropiado registro y archivo debe elaborarse, para su imitación y posible réplica.

Las destrezas que debemos desarrollar deberán permitir que juristas y abogados – provenientes de todos los sectores y constituyentes involucrados en el proceso legal – puedan establecer apropiados foros de resolución de conflictos que utilicen mecanismos locales de solución de problemas e integren la cultura indígena con la eficiencia que requiere la globalización y fomente la acción de equipos interdisciplinarios.

Promoviendo la Fuerza del Movimiento de Mediación

A menudo, uno de los primeros proyectos de reforma legal que emprende un Ministerio de Justicia concierne a la institucionalización de mecanismos alternativos de resolución de disputas para transacciones de comercio internacional. Los intereses comerciales quieren asegurarse que las leyes corporativas garanticen riesgos limitados y protección a los accionistas, que las leyes comerciales provean el arbitraje y la obligatoriedad de juicios extranjeros, y que los derechos de propiedad intelectual estén protegidos. Algunos aspectos de resolución alternativa de disputas – el arreglo de disputas fuera de la corte – se encuentra en textos legales Latinoamericanos. Existen en efecto, disposiciones para mediación y conciliación.

En Argentina, por ejemplo, un juez

puede, en cualquier momento del proceso o aun antes de que comiencen, reunir a las partes para que acuerden un arreglo. Basados en experiencias obtenidas en Villa, El Salvador, durante un programa piloto de Conciliación Comunal, los centros vecinales de conciliación eran usados para resolver disputas en áreas municipales. En Bolivia, también existe un número de actores legales, que están asistiendo a la reforma judicial(10). Programas de mediación para disputas que involucran relaciones familiares están siendo piloteados en Chile.

En Perú también los procesos de conciliación han aumentado. En 1997 el gobierno de Fujimori aprobó el Acta Conciliatoria, la que dentro de los próximos dos años proveerá la conciliación obligatoria antes del juicio. A través del Ministerio de Justicia se han establecido centros de conciliación. Además, nuevos actores jurídicos están emergiendo, reivindicando la cultura indígena. El Artículo 64 de la Ley Orgánica Judicial del Perú establece que los Jueces de Paz juegan un rol de conciliador. A pesar de algunas restricciones al poder judicial durante el régimen de Fujimori, el Perú ha tenido algún éxito en la conciliación. Estos jueces de paz – 70 % de los cuales no son abogados – tienen cierta jurisdicción para proponer métodos alternativos de resolución de conflictos (11).

Prosiguiendo con esta historia, nosotros debemos incentivar a los fiscales, administradores judiciales, y a los jueces a que aprovechen la legislación existente o diseñen una, que les permita implementar la conciliación y otras formas de sistemas

horizontales. Se deben desarrollar nuevas mallas curriculares para capacitar a estudiantes de leyes, jueces, abogados y líderes comunitarios en estos sistemas, y diseñar instituciones de solución de problemas que involucren a las partes en la mutuamente conveniente resolución de conflictos; en diversas situaciones: materias comerciales, familiares y comunales.

Nuestros abogados deben transformarse en terceras partes objetivas y aprender estas habilidades de obtención de consensos y resolución pacífica de controversias, a través de seminarios que incluyan metodologías educativas tales como la simulación de casos y el "aprender haciendo". Debieran también enfocarse en el rol del mediador en la sociedad, el que consiste en facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, ayudaría a identificar las cuestiones implicadas en la disputa, y enfocar a los contendores en las habilidades para la prevención y solución de problemas.

Trabajando con los Pueblos Indígenas de las Américas

No es sorprendente que entre los pueblos indígenas la conciliación esté ganando popularidad como un método de resolución de disputas. La conciliación es esencialmente un sistema horizontal, que uno puede rastrear hasta sus antecedentes originarios. Y antecedentes hay muchos. Hay sobre 50 millones de indígenas en América Latina.

En Chile, un país que está emprendiendo una reforma judicial muy amplia dentro de su procedimiento judicial, existe una oportunidad para desarrollar la pacificación entre sus poblaciones indígenas. Los Aymara, Atacameños, Mapuche y Rapanui tienen sus ricas culturas e historias respectivas, pero siglos de empobrecimiento y tierras insuficientes han eliminado la mayoría de las estructuras sociales de estos pueblos, incluyendo la resolución de conflictos. Los Mapuche, la mayor población indígena de Chile, fueron capaces de sostener guerra con los Incas pero no con el programa de 'pacificación' del Estado chileno. Hay sin embargo aspectos de su cultura, de los tiempos precolombinos, que pueden formar la base del principios de justicia horizontal. El círculo es la forma más importante para el Mapuche. El kultrún (vista de costado), que es un tambor chamánico, tiene la forma de un círculo. Sobre su superficie o piel hay otros cuatro círculos, formando el símbolo de la familia creadora. El sol y la luna son dadores y controladores de la ley viva, puesto que recibe los discursos de sus ancianos para así conservar la continuidad de la cultura. En esencia, los círculos son fundacionales para los Mapuche.

No es sino natural que soluciones horizontales de resolución de problemas se construyan para resolver disputas entre los Mapuche. Las disputas con compañías forestales que persisten y en las cuales estalla la violencia, pueden ser también un buen lugar para pilotear un proceso conciliatorio basado en los principios circulares Mapuche. Más aún, los procesos de pacificación y

búsqueda de consenso pueden ser incorporados dentro de la reforma legal y judicial ya emprendida.

Después de años de abandono crónico y subdesarrollo, los pueblos indígenas de América Latina tienen remanentes de su cultura tradicional que podrían servir como proyectos piloto para la introducción de sistemas formales de justicia horizontal – familia, tierras y otras materias relacionadas. Nosotros debemos construir sobre el idioma y la cultura puesto que es el fundamento para tal experiencia. Estos mecanismos deben ser estudiados, repetidos dentro de la región, y en otros Estados Andinos.

Esta es la tecnología legal que debe ser adoptada para la futura solución de problemas en las Américas. Debemos construir sobre los idiomas y tradiciones capturando la cultura, historias y estructuras de arreglo de disputas. Al construir mecanismos sancionados por el estado que abarcan principios de justicia horizontal, los Ministerios de Justicia pueden autorizar a los pueblos indígenas de sus respectivos países y proveer acceso a la justicia. Además, los sistemas occidentales tradicionales de justicia vertical que fueron impuestos sobre los pueblos precolombinos por los conquistadores, pueden aprender de los círculos de sanación e interconexión que la cultura indígena proporciona. Esta es la esencia de la solución de problemas.

Conclusión

Existe una oportunidad especial para realizar un cambio significativo y

sustentable en los sistemas legales de las Américas. Durante la última década, al terminarse las dictaduras, varios estados Latinoamericanos han emprendido algunas iniciativas para reformar parte de sus respectivos sistemas legales. Para crear crecimiento económico y atraer inversión directa, se han creado leyes para regular mejor las disputas comerciales, acatar los juicios arbitrales extranjeros y desarrollar procedimientos de conciliación. No es ninguna novedad, que la comunidad empresarial de la mayoría de los estados Latinoamericanos y las corporaciones transnacionales comprometidas en el comercio local, requieren un arreglo más eficiente de disputas (13). Así, en concurrencia con esta tendencia, 19 países Latinoamericanos están reformando sus procedimientos legales criminales para alcanzar mayor justicia y transparencia. Oficinas de fiscales públicos están reemplazando el sistema inquisitivo de magistrados investigadores, y los juicios orales y otras reformas están siendo introducidas para dar más transparencia a los procedimientos judiciales.

Estas dos tendencias y su convergencia en gran parte de Latinoamérica, sin duda constituyen una oportunidad para instituir el cambio – particularmente la inclusión de principios horizontales en los sistemas de justicia transicionales. Como recientemente explicó el Juez Jorge Eduardo Tenorio: “América Latina está inmersa en una era de euforia acerca de la construcción de estados democráticos y sociales bajo el estado de derecho”(14). Para establecer el respeto a

la ley, se requiere un sistema de resolución de conflictos que sea transparente y justo que se encauce al problema y no al reglamento o ley. Desgraciadamente, a pesar de sus buenas intenciones, el mundo desarrollado no ha conseguido proporcionar los fondos suficientes ni programas consistentes para consagrar el estado de derecho, ni proporcionar un acceso a la justicia eficiente y equitativo. Tal como lo informa Thomas Carrothers (parafraseando a un ex funcionario de USAID que ahora trabaja con el Banco Mundial):

“Las reformas a menudo han trabajado sobre elementos superficiales más que en estructuras fundamentales; los proveedores de financiamiento han elegido clientes o aliados con un interés establecido en el status quo; los intentos para expandir el acceso judicial y para asegurar un tratamiento más justo a la mayoría de los ciudadanos permanecen inconclusos, y en algunos países no se han alcanzado ni siquiera en parte; la corrupción, estructuras excesivamente verticales, nombramientos partidistas, y una inadecuada misión organizativa persisten; la confianza pública en sistemas judiciales permanece baja; el crimen continúa en ascenso; muchos negocios todavía prefieren arreglar sus conflictos extrajudicialmente; y el mejoramiento en la eficiencia de los tribunales está sobrepasada por la demanda.”(15)

A pesar de los millones de dólares que se han destinado a la reforma judicial, reforma legal y en general a los proyectos legislativos en América Latina,

desgraciadamente poco se ha logrado. Esto no es por falta de interés. La Agencia Internacional para el Desarrollo de Estados Unidos (USAID), el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP), la Organización de Estados Americanos (OEA) y otras entidades, han financiado varios programas. Hay sin duda muchas entidades dedicadas a la reforma legal y reforma judicial en América Latina. Estos esfuerzos necesitan sin embargo ser coordinados. Debe haber también mayor participación y colaboración intra-sectorial en programas que habiliten a los agentes de cambio judicial, entrenándolos en principios de justicia horizontal, proporcionándoles las herramientas para efectuar una reforma significativa y sustentable.

En breve, Latinoamérica necesita una estrategia mejor enfocada, que promueva el respeto a la ley, la eficacia en resolución de conflictos, y que proporcione puntos de acceso a la justicia. Nosotros debemos desarrollar y proveer las herramientas a la justicia, para asegurar que existan condiciones de mayor transparencia y eficiencia en la resolución de disputas – para la comunidad comercial y todos los demás miembros de la sociedad. Debe proporcionarse mayor acceso a la adjudicación formal de disputas. Además, es del mayor interés para el comercio, que los costos de transacción sean reducidos, incluyendo la contingencia de litigación. Cuando América Latina se está transformando rápidamente en un bloque comercial importante para la futura sustentabilidad económica de América, es

del interés de los gobiernos, corporaciones, grupos de abogacía y otros miembros de la sociedad civil, que las Américas sean gobernadas por el derecho y que haya acceso a la justicia. El estado de derecho es un pilar del gobierno democrático. Los abogados construyen el material del cual está formado este pilar. Nosotros somos, después de todo, diseñadores de sistemas sociales, de relaciones sociales, de maneras de hacer negocios, legislación, y de mecanismos de resolución de conflictos..

Referencias

1. Thomas Carrothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve* (1999) .
2. Edgardo Buscaglia, *Obstacles to Judicial Reform in Latin America*, Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America (Edmundo Jarquin and Fernando Florez, editors) 20 (1998)
3. Carrothers, 157.
4. Ver Robert Yazzie, "Hozho Nahasdlii" – *We Are Now In Good Relations: Navajo Restorative Justice*, 9 St.Thomas L. Rev.117, (1996)
5. Ver Robert Yazzie, "Life Comes From It": *Navajo Justice Concepts*, 24 N.M.L. Rev.175 (1994).
6. CCJ Resolution 22, COSCA Resolution 4, Adopted as Proposed by the Task Force on Therapeutic Justice of the Conferences of Chief Justices in Rapid City, South Dakota at The 52nd Annual Meeting on August 3, 2000.
7. Kurt Llewellyn, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, 44 Harv.L Rev. 1222 (1931) at 1237.
8. 34 I.L.M. 808, 817 (1995)
9. Según el Ex Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros Ghali, "durante los dos últimos siglos, ha sido la ley la que ha proporcionado la fuente de autoridad para la democracia. Hoy día, la ley parece ser reemplazada por la opinión como la fuente de autoridad, y los medios sirven como árbitros de la opinión pública." Boutros Boutros Ghali, Remarks at the Freedom Forum Media Studies Center (March 19, 1995) in *Sources of and Responses to International Conflict* 357 (Chester A.Crocker et.al. Eds.,1996)
10. Sebastian Rotella, *A New Breed of Justice Reshaping Latin America Reform*. L.A.Times, October 11, 1999, A1.
11. Hans-Jurgen Brandt, *The Justice of the Peace as an Alternative: Experiences with Conciliation in Peru*, Judicial Reform in Latin America and the Caribbean 93 (1998)
12. United Nations, *Indians, U.N. Indigenous Peoples' Working Underway in Panama*, EFE News Service, Dec. 11, 2000.
13. Las nuevas leyes diseñadas para ayudar al crecimiento económico, es más posible que tengan más ímpetu que aquellas que involucran a la sociedad civil. Ver Lawrence

M..Friedham, *Borders: On the Emerging Sociology of Transitional Law*, 32 Stn. J.Int'l. 65,

71 (1996).

14. Juez Jorge Eduardo Tenorio, *Administración de Justicia y Seguridad Social*, en *Desafíos del Nuevo Milenio Conclusiones de la Segunda Cumbre Ibero-Americana de Cortes Supremas y Tribunales de Justicia* 75 (1999) (Andres Rigo Sureda y Waleed Malik, editores).

15. Thomas Carrothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve* (1999)

«RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS (RAC)»

Alternative Dispute Resolution (ADR)

Erhard Blankenburg¹

1. El Conocimiento de una pronta Resolución de Conflicto.

La RAC se ha convertido en un símbolo de la reforma procesal en la política judicial estadounidense. Los centros locales, los servicios de mediación para los miembros de algunas organizaciones y el arbitraje por parte de los tribunales se han recomendado como una salida a una supuesta "crisis de litigio". Estas instancias funcionan como monitores, seleccionan los posibles casos de tribunales que se podrían resolver mediante procedimientos previos al juicio o que se deben encauzar en un juicio completo. Muchas de las instituciones de RAC reciben a clientes que son derivados de instituciones judiciales: los querellantes deben decidir por un programa alternativo y, por lo tanto, evitar que el sospechoso enfrente un juicio; los arrendatarios pueden llevar sus quejas al arrendador antes de dirigirse a un centro de mediación local y las compañías de seguros debieran optar por mediar las querellas por daño de una mejor forma, si eso les evita un procedimiento judicial costoso. Otras instituciones RAC desechan por completo la idea de acudir a los tribunales: los conflictos laborales colectivos o las condiciones comerciales internacionales son difícilmente llevados a los tri-

bunales; sin embargo, se prefiere que sean determinados por una infraestructura permanente de tribunales de arbitraje o conciliación. Los antropólogos tienden a catalogar el pluralismo de los tribunales resolutivos de conflictos como la forma "normal" de resolver conflictos; por otra parte, los abogados tienden a medirlos en comparación con los procedimientos formales de acuerdo con sus garantías de neutralidad, reglas de medios de prueba y posibilidades de apelación. Ellos pueden señalar a los fiscales que negocian medidas alternativas para una defensa de culpabilidad, mediadores que se comprometen a costa de los derechos sostenidos de la contra parte o que negocian medidas que socavan la justicia internacional.

Los argumentos en pro y contra las instituciones informales de manejo de conflictos no se pueden sopesar de una sola vez para todo tipo de situaciones sociales, ni tampoco se pueden evaluar sin el contexto de alternativas formales que se encuentran presente en cualquier cultura legal. En países donde los servicios de abogados son caros y los tribunales están atochados de trabajo, una de las partes podrían sacar provecho de la intranquilidad. Incluso sabiendo que es probable que al final pierda su caso, las partes pueden estar interesadas en ganar tiempo y en involucrarse en un procedimiento largo para así forzar a la otra parte a ne-

¹ Profesor de Sociología del Derecho, Vrije Universiteit Amsterdam.

gociar. Este es el caso de muchos procedimientos de querellas contra proyectos de planificación urbana y construcción donde la parte perdedora fácilmente puede pagar los costos del procedimiento, ya que esto le permite retirarse de éste. En otros casos, las partes pueden amenazar con grandes retrasos o exposición pública. Incluso con pocas posibilidades de ganar un proceso, una parte simplemente puede aspirar a obtener la publicidad del mismo. Sin embargo, son poca las situaciones de esta índole, en el que no exista del todo un interés común de las partes. En la mayoría de los conflictos cotidianos ambas partes comparten un interés común en mantener futuras relaciones sociales. Aún cuando el litigio es sólo para regular los términos de las relaciones sociales(como divorcio, despido laboral o en casos de orden de desalojo de una propiedad en arriendo) ambas partes pueden estar igualmente interesadas en mantener al mínimo los costos del procedimiento. Mientras más altos costosos, largos y engorrosos sean estos, más atractivas se tornan las alternativas de litigio.

La frecuencia de ocurrencia de tales conflictos varía de acuerdo a la movilidad con que la sociedad le exige a los ciudadanos. Claramente las sociedades occidentales de Estados Unidos al igual que las de Europa exigen cada vez más movilidad: no sólo los índices de divorcio han aumentado sino también los riegos de ser despedidos del lugar de trabajo o tener que dejar el lugar de domicilio.

Por mucho tiempo la cultura legal holandesa ha asegurado familias más esta-

bles, trabajos más confiables y menos presiones al cambiar de domicilio. Sin embargo, la modernización también ha traído a este lugar más movilidad en todo este orden de cosas. Esta movilidad trae como consecuencia más conflictos que a la larga pueden resultar en conflictos judiciales.

No obstante, recientemente autores sociolegales han desafiado la auto imagen de soluciones de conflictos armoniosas. Analistas estadounidenses que han tomado la regularización de accidentes automovilísticos como ejemplo, han descubierto intereses racionales escondidos tras evadir la adversidad. Por otra parte, estudios japoneses destacan la infraestructura institucional que les permite tratar conflictos en una etapa temprana y evitar así que se conviertan en conflictos legales.

La regulación de accidentes automovilísticos es la comparación más obvia, ya que podemos encontrar fácilmente el mismo tipo de caso en cualquier país desarrollado. Al comparar la frecuencia de litigios después de un accidente de tránsito grave, descubrimos que las víctimas de accidentes en Holanda litigan incluso menos que las víctimas en Japón, mientras que las víctimas de accidentes en Alemania litigan con mucho más frecuencia que las de California. La diferencia se basa en la forma en que las compañías aseguradoras tratan desde un comienzo las demandas de accidentes: mientras los reguladores de seguros holandeses ofrecen una reglamentación de los daños sufridos inmediatamente después de ser notificados de un accidente, incluso ofrecen servicios de reparación en talleres mecáni-

cos especiales con los cuales tienen convenios, la contra parte alemana espera que se entregue la demanda completa, la que muy a menudo la formula un abogado. Una vez que el abogado ha sido movilizado, las posibilidades de un litigio se hacen más reales que si se hicieran mediante regulación directa, la que se torna incluso mucho más fácil, ya que la mayoría de los conductores alemanes cuentan con un seguro legal contra costos. Por consiguiente, en Alemania los jueces han culpado a las compañías aseguradoras por los altos índices generales de los procedimientos; sin embargo, del mismo modo uno puede revertir la relación causa efecto: debido a que los automovilistas alemanes tienen más posibilidades de enfrentar una demanda por la parte contraria involucrada en un accidente de tránsito, se recomienda que cuenten con seguros que cubran los costos involucrados.

El patrón de justificaciones institucionales, entrega la explicación más convincente respecto de las diferencias entre las culturas legales, se repite por sí mismo con respecto a otras áreas de posibles conflictos legales. Entre los Países Bajos y la Alemania Occidental descubrimos diferencias en la frecuencia con que se realizaban litigios sistemáticamente en todas las áreas penales, derecho civil y administrativo. Estas diferencias se hacen cada vez más sorprendentes ya que ambos países comparten el legado común del Derecho Civil con tradiciones similares en el derecho procesal y en la organización de los tribunales. Para el caso de dos países europeos vecinos, podemos excluir la teoría del legado, la que a primera vista, con respecto a la cultura es-

tadounidense y la del lejano oriente parece muy convincente. No obstante, mientras los códigos del derecho se remontan a las mismas tradiciones del Derecho Civil, en los Países Bajos la infraestructura de las instancias previas al tribunal, entrega muchas más oportunidades para evitar los procedimientos, que su contra parte Alemania.

En la medida que los doctos del Derecho que realizan estudios comparativos, sólo comparen el Derecho en los libros, van a estar privados de observar la diferencia en el comportamiento que se esconde tras la similitud entre los códigos holandeses y alemanes del Derecho. Solamente el Derecho en acción revela dichas diferencias.

Cercana a la teoría, de que evitar el litigio está en manos de las instancias previas al tribunal, es que las oportunidades para un manejo temprano del conflicto son específicas al área del conflicto de donde proviene el posible. En el intento de señalar y discutir los intereses por evitar los procedimientos formales, trataré de formular un primer acercamiento hacia una teoría más general de cómo evitar los costos del mismo.

2. La "Formalidad" e «Informalidad» como alternativas graduales.

Es evidente que las alternativas sólo se pueden definir respecto de un modelo "excepcional". Entre los abogados, lo que se considerará una "alternativa informal" para resolver un conflicto se desarrolla a partir de la noción de un "procedimiento judicial formal". Encontramos que la característica

de "informalidad", se atribuye a cualquier forma de resolver un conflicto, que no involucre a las partes en un procedimiento completo, es decir, con derecho a asesorar, con un juez independiente que decide en base a la recopilación de medios de prueba y con la posibilidad de que un fallo de primera instancia sea ratificado en la apelación en segunda instancia. Si un juez media un conflicto entre las partes en lugar de decidirlo mediante un fallo final, se podría considerar como una "solución informal" de acuerdo a esta definición, incluso si un intento por conciliar puede ser recomendado por el código de procedimiento como un primer paso dentro del proceso. Dentro del proceso, ya sea, el juez o las partes pueden interrumpirlo formalmente por el bien de una conciliación extra judicial, como un pequeño paso a la conciliación. Desde aquí nuevamente es un pequeño paso, si las partes y sus abogados negocian en forma informal fuera de tribunales mientras se lleva a cabo un proceso formal; las partes se deben presentar ante el juez con una conciliación negociada o simplemente deben notificar al tribunal que no continuarán con el proceso. En todos los casos, existe una informalización gradual de lo que inicialmente fue un proceso formal.

Los sociólogos tienden a empezar del lado contrario del continuo formal-informal. Tienden a estudiar los conflictos y las diversas formas de resolverlos. Las primeras tentativas generalmente se dan entre las partes en sí, con la posible ayuda de parientes, amigos y las personas cercanas. La participación de una tercera parte o casos especiales de manejo de conflictos. Incluso más

especial es el hecho de continuar un procedimiento formal con un juez, que no sólo decide sobre los casos sino que también ejerce poder para hacer valer su decisión. De hecho esto último es poco usual, aún en procesos de tribunales. La participación de una tercera parte; continuar los procedimientos de alegato imparcial y medios de prueba total, generalmente son muy costosos, necesitan de tiempo extra y a menudo se sale de los intereses de ambas partes. Se pueden escoger procedimientos "alternativos", para evitar dichos costos, aunque también se pueden adoptar con el fin de alcanzar una justicia más informal sobre materias sustantivas. Las formas "alternativas" de justicia muchas veces tratan de establecer una "equidad" no tan específica en lugar de una regulación sustantiva; generalmente dan lugar al arbitraje y negociación entre las partes involucradas. Los elementos de arbitraje pueden aparecer gradualmente como "alternativas dentro de los procedimientos formales" o se pueden institucionalizar fuera de los tribunales como "alternativas para éstos".

Las alternativas más desarrolladas hacen que los códigos de procedimiento sean más formales. Esto es obvio cuando se comparan las tradiciones procesales "adversariales" y "acusatorias". Los procedimientos de juicio adversarial en la tradición angloamericana hace que los jueces sean mucho más pasivos y hacen que los abogados desplieguen un conjunto de habilidades formales y retóricas, las que en un tribunal continental se podrían considerar como "engañosas", incluso poco éticas. Por otro lado, los abogados británicos y nortee-

americanos podrían oponerse a la cantidad de discreción procesal que los jueces continentales tienen al preparar el proceso, al iniciar las interacciones y al guiar las formas en las partes presentan los medios de prueba. Los juicios adversariales se han desarrollado con respecto a una posible participación de un tribunal lego o jurados legos. Por lo tanto, los procedimientos legales han desarrollado un detallado conjunto de reglas en relación con los medios de prueba, como también con el curso que debería seguir la interacción procesal. Como consecuencia, las alternativas informales son primordiales; como un método para evitar los juicios adversariales. Éstas han sido, en parte, institucionalizadas en forma de manejo de casos previo al juicio, y por otro lado, en forma de organismos externos a los tribunales, que manejan aquellos tipos de conflictos a los que los tribunales posiblemente se pueden acoger.

Las negociaciones previas al juicio, como alternativas externas a los tribunales, se pueden considerar como patrones que buscan evitar los procedimientos judiciales. De hecho, más del 90% de los litigios civiles en los tribunales de primera instancia de los Estados Unidos se establecen antes de llegar a un juicio completo. En los tribunales norteamericanos la "conciliación" puede significar cualquier cosa, desde meras amenazas de una parte, al entablar una demanda y, por lo tanto, hacer que la otra parte ceda; hasta negociar en los procedimientos previos al juicio en los tribunales, o usar arbitraje fuera del tribunal mientras la amenaza de una demanda pendiente se mantiene entre las partes. La indagación, en

el proceso norteamericano, ejerce una presión en los abogados de ambas partes, y las reglas de los medios de prueba durante los juicios imponen tantas formalidades, que cada parte involucrada hará todo para evitarla. Mientras al mismo tiempo amenaza con los costos e incertidumbre de un proceso adversarial.

El aumento explosivo de litigios resaltan cada vez más la necesidad de evitar salidas alternativas a los Tribunales. Gran parte de la retórica que envuelve los litigios en los Estados Unidos demuestra un descontento por las técnicas adversariales de los abogados, y por la contradicción que se establece entre procedimientos judiciales formales y el uso de prácticas informales para evitar los mismos (Plea Bargaining). Una de las formas de responder a los descontentos ha sido establecer diversos proyectos de resolución de conflictos por parte de las comunidades, de las fundaciones y de los grupos de acción. De igual modo, las formas existentes de arbitraje (como en las relaciones laborales) han ganado legitimidad como parte del "movimiento de resolución alternativa de conflicto" (RAC). Algunos de estos proyectos se entregan como un servicio público, adjunto al sistema público de fallo formal, en cambio otros se entregan conforme a un acuerdo por parte de los litigantes, ya sea por contrato previo o después de que se ha presentado una demanda; algunos de estos proyectos operan como un elemento de regulación interna de las instituciones, (como universidades, hospitales, cárceles o grandes empresas) elaborando los procedimientos para resolver demandas, ya sea de clientes o de miembros de organizaciones.

En algunos casos, asociaciones de la comunidad, han establecido sistemas de mediación comunitaria para todo tipo de casos; éstas, sin embargo, rara vez cuentan con un número considerable de estos, salvo que este centro de mediación cuente con derivaciones provenientes de algún juzgado u otro organismo formal.

Alguno de estos movimientos que apoyan la resolución "alternativa" de conflictos, también han alcanzado los tribunales. En muchos estados, el "arbitraje anexo a los tribunales" y la "mediación derivada de los tribunales" constituyen alternativas previas a la verificación de un juicio civil. Esta alternativa busca llegar a un acuerdo de una manera expedita y menos costosa que la alternativa judicial. De no alcanzarse un acuerdo por las partes, se retoma el procedimiento judicial sin que ello reporte sanción alguna.

En el continente europeo, encontramos un aumento de formas alternativas, a los procesos judiciales, de resolución de. Por lo general, los jueces median activamente, e intentan hacer que las partes resuelvan su caso. Muchas veces, la mediación permite «discrecionalidad» por parte de los jueces; sin embargo, como regla los jueces hacen público lo que podría ser el resultado de un proceso y de un fallo formal, con el fin de guiar a las partes en la línea de una decisión judicial sustantiva. Las alternativas a los procesos formales operan, en forma implícita, bajo la amenaza de acogerse a decisiones judiciales dentro del modelo de un proceso formal completo.

Siempre que se mantenga la posibilidad de acogerse a un proceso formal, las alternativas informales trabajan "bajo la sombra de un proceso formal y de un Derecho formal". Para los legos que consideran las "alternativas" desde la perspectiva de un modelo de procedimiento completo, esto se puede considerar como una justificación. De acuerdo con esta consideración las "alternativas" se describen como un desvío del modelo de procedimiento completo. Aquellos legos que primero estudian un conjunto de situaciones de conflictos similares, y desde ahí consideran los procesos judiciales como una de las muchas alternativas de resolución, adoptan una perspectiva radicalmente diferente. A menudo dicha consideración se justifica por la existencia de tradiciones antiguas de resolución de conflictos. Tradicionalmente los abogados han señalado las organizaciones sociales y su Derecho popular como la base para las instituciones judiciales y su jurisprudencia. Dicha consideración se ha puesto en marcha, a menudo, bajo las condiciones de la imposición del Derecho; ya sea por la clase gobernante o un poder colonial, con las instituciones populares que resisten a los tribunales superpuestos. No obstante, los sociólogos del Derecho en los países desarrollados, han descubierto que existen patrones similares de instituciones legales oficiales y no oficiales. Cada vez que las relaciones sociales se regulan en instancias semi-autónomas capaces de cierto grado de resolución autónomo de conflictos. Han observado una tendencia de acogerse a las instituciones oficiales y sus formalidades, sólo como última medida. Acogerse a los procedimientos formales se torna incluso más

excepcional que los procesos judiciales más formales y costosos.. En forma irónica, la creciente tendencia de formalidad en los procesos judiciales podría ayudar a que se desarrollen más organismos informales y procedimientos fuera de los tribunales.

3. Áreas del Derecho donde es importante el tema de las "alternativas".

Se han desarrollado, especialmente en ciertas áreas del derecho, las "alternativas" al procedimiento formal. Ellas se prefieren cada vez que las partes se ven involucradas en un conflicto cuyo universo de intereses no es exclusivamente suma cero o nulo, sino que incluye elementos de interés mutuo, de esta forma, al menos se hace posible un acuerdo parcial. A menudo el acuerdo se basa en las consecuencias de un fallo judicial que no se encuentra en el terreno del Derecho sustantivo, que se aplica en el caso, pero que más bien emana de consideraciones extra judiciales, tales como la preocupación de las partes que no están directamente involucradas, o simplemente consideraciones de tiempo y costo ocasionados por el procedimiento en sí.

3.1 Demandas pequeñas, cobro de deudas versus protección al consumidor.

En muchos países, la mayor cantidad de casos judiciales tiene que ver con el cobro de deudas. Aunque el procedimiento se puede considerar polémico, el hecho es que los demandados generalmente no ofrecen ninguna defensa, con la consecuencia, de que a menudo el proceso termina con un fallo en rebeldía de la contra parte. En consecuencia, muchos países han adoptado pro-

cedimientos sumarios, que obliga al deudor a pagar luego de una acción unilateral de parte del demandante, a menos que la defensa comparezca. Un proceso polémico común se inicia generalmente en casos donde el demandado protesta ante una citación. Los procedimientos de sumario, por cobro de deudas, se dan sólo en países con tradición en derecho civil, donde siempre se permite al deudor protestar contra las citaciones que obligan al demandante a recurrir a un proceso completo, ante un tribunal civil (tal es el caso en "Mahnverfahren" Alemania). En 1992 los Países Bajos suprimieron este procedimiento sumario, por considerarlo inútil. Los administrativos ('*deurwaarders*') han boicoteado exitosamente el privilegio que el tribunal otorga al acreedor. Ellos demostraron que resultaba más eficaz negociar con los deudores las posibilidades y condiciones de pago, que presentar una demanda ante un juzgado civil.

Se han llevado a cabo prácticas similares en Japón. Aunque Japón también ha desarrollado explícitamente procedimientos sumarios por cobro de deudas de acuerdo con el modelo alemán, el uso de éstos no se compara al que se le da en Alemania. Para holandeses, tanto como para japoneses, la explicación del desuso de los procedimientos judiciales debe buscarse en las instituciones de aplicación de la ley de deudas extrajudiciales, así como también en los patrones preventivos de manejo de créditos, que son frecuentes en Japón y en los Países Bajos, como parte de una "cultura" de evitar un proceso judicial.

Los tribunales de demandas de menor cuantía, en países de Common Law, se diseñaron con un propósito distinto. Éstos originalmente se instalaron para permitir que los consumidores entablaran demandas y que los pequeños comerciantes presentaran querellas por deudas menores. Instalados en parte como tribunales particulares (como en varias jurisdicciones de algunos estados de los Estados Unidos y de Australia) se ofrecen como alternativa judicial simplificada en una instancia previa al juicio (como se da en varios esquemas locales de Gran Bretaña). Los procedimientos por demandas de menor cuantía, reducen la formalidad de un proceso judicial adversarial completo. Las reglas de medios de prueba están, en gran parte, a criterio del juez (o un "funcionario", como se le conoce en los esquemas británicos). La presencia de un abogado resulta innecesaria o inadmisibles y las instancias de acuerdo se establecen como parte del procedimiento.

El exigir muchas de las formalidades judiciales de un proceso judicial completo, con sus complicadas reglas de medios de prueba, se basa fundamentalmente en la suposición de que éstas buscan desincentivar, a los consumidores y los pequeños comerciantes, la presentación de demandas. Los juicios relativos a demandas de menor cuantía responden a la retórica de la justicia compensatoria. Sin embargo, los estudios empíricos sobre tribunales de demandas de menor cuantía en los Estados Unidos, demuestran que este sistema es ampliamente utilizado para el pago de deudas de poca monta.

En general, la protección al consumidor se alcanza en forma más eficaz por medio de acuerdos extrajudiciales a través de instancias mediadoras tales como los tribunales de querellas, mediadores y comisiones de conciliación. En nuestra investigación, todos los países contaban con dichas instituciones, las que se iniciaron gracias a organizaciones voluntarias, sindicatos gremiales, entidades gubernamentales locales y/o, posiblemente, a diarios y estaciones de televisión. La razón de ser del gran número de alternativas extrajudiciales para la protección del consumidor, es producto del carácter difuso del universo de intereses: cada caso de querella individual es demasiado insignificante para que un solo consumidor pueda solventar los costos y el hostigamiento que envuelve el movilizar a las instituciones judiciales. Sin embargo, la posibilidad de presentar una acción conjunta que involucre a todos los afectados hace viable tanto las acciones judiciales como extrajudiciales. Además, existe un número de organizaciones voluntarias como los sindicatos gremiales y clubes de automóviles, que consideran la representación del consumidor como un servicio para los socios, lo que acrecienta sus atractivo. Por otra parte, las organizaciones gremiales ocasionalmente responden mediante la creación de sus propios tribunales de demandas, impidiendo que una persona ajena desarrolle una estrategia de representación de intereses colectivos más agresiva. No obstante, el manejo extrajudicial para las demandas de los consumidores no es totalmente ajeno al sistema legal. Por el contrario, como regla se debe utilizar el litigio en los tribunales para los casos que sientan jurisprudencia,

lo que provoca una amenaza implícita de la posibilidad de un proceso formal si la ruta informal es recibida por una contra parte indiferente. Bajo el alero de un proceso formal se puede realmente manejar los casos informalmente. Esto se logra generalmente mediante la combinación de estrategias: entregar información y asesoramiento a los consumidores, como también ofrecer arbitraje en caso de un conflicto y recurrir al litigio formal cuando el manejo informal y el arbitraje del conflicto han fallado.

3.2 Arbitraje y conciliación comercial.

Los conflictos que se generan a partir de los contratos comerciales y de la competencia desleal son un hecho al que los hombres de negocios se ven enfrentados cada día. Existen muchas formas de re-negociar los términos de una transacción y de una conciliación o arbitraje extrajudicial. Algunos sectores adoptan cláusulas de conciliación o arbitraje como una cláusula estándar en todos los contratos. El comercio internacional, evita los sistemas judiciales nacionales, prefiriendo recurrir a árbitros internacionales, miembros de las Cámaras Internacionales de Comercio. La práctica establecida de arbitraje en sectores como embarque, transporte y seguro internacional, se basa en la publicación de casos que han sentado precedente en revistas especializadas de arbitraje, acercándose de este modo al sistema privado de jurisprudencia. Otros sectores, como el de la construcción, utilizan los tribunales de arbitraje para los conflictos entre firmas, como también entre contratistas y clientes sobre

la base del fundamento caso por caso. Los profesionales como doctores, abogados en ejercicio, arquitectos y periodistas recurren a los tribunales para normar la conducta profesional y a veces utilizan los tribunales como una instancia de apelación (ej. el ejercicio ético de la profesión).

El arbitraje entrega una amplia variedad de procedimientos. Una diferencia básica es la que se da entre un arbitraje especial (ad hoc) y un arbitraje institucional. Mientras que el arbitraje ad hoc lo puede entablar cualquier persona en cualquier litigio, las formas de arbitraje institucionalizado que manejan organizaciones permanentes, tales como: las cámaras de comercio o las organizaciones comerciales adquieren una categoría que va más allá de lo legal. La práctica del arbitraje institucional se puede regular mediante normas de procedimiento de la organización de arbitraje respectiva, contribuyendo al desarrollo de la jurisprudencia en esta materia..

Las organizaciones de arbitraje comercial más reconocidas son: la Cámara Internacional de Comercio (ICC), la Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA) y el Tribunal de Arbitraje Londinense. Además, existen muchas organizaciones especializadas en arbitraje internacional de comercio o arbitraje de conflictos internos. La elección del árbitro puede variar ampliamente. En el arbitraje especial (ad hoc) se deja que las partes acuerden el procedimiento. Para el arbitraje internacional de comercio las normas de arbitraje UNCITRAL de 1976 están ganando popularidad. Generalmente, cada parte designa a un árbitro y, por lo tan-

to, los dos árbitros nombran un tercero. Por lo general, las organizaciones de arbitraje preparan un listado global de los candidatos a árbitro. A veces, una organización de arbitraje por sí sola nombra a los árbitros sobre la base de la naturaleza del conflicto y de acuerdo con la estimación de aceptabilidad.

En el comercio internacional, las cláusulas de arbitraje son estándar y, generalmente, se refieren a una de las organizaciones de arbitraje antes mencionadas. Los comerciantes internacionales desean evitar una probable inclinación de cualquier tribunal nacional y prefieren confiar en la experiencia de los árbitros legos en la práctica de comercio internacional. También se utiliza el arbitraje en áreas donde se requiere un especialista, como en los litigios de embarque o en los referentes a construcción. Se cree que los árbitros son mejores que los tribunales, cuando se trata de resolver discrepancias que se producen entre lo legal y la práctica en terreno; un fallo judicial de tribunales, necesariamente debe aplicar la ley, la que se cree que no resuelven de la forma más real los conflictos. También se mencionan los bajos costos y la mayor velocidad como razones importantes para elegir el arbitraje, aunque estas expectativas no siempre parecen estar basadas en hechos. Los arbitrajes comerciales internacionales son extremadamente costosos y prolongados. Sin embargo, el arbitraje interno que organiza la asociación de comercio puede ser gratuito si se mantiene por una cuota de socio y si los servicios de los árbitros son a honorarios.

3.3 Relaciones laborales, especialmente protección del empleo.

Antiguamente, el manejo de las relaciones laborales era un hecho nuevo dentro de los tribunales de litigios. En los Tribunales Industriales del Reino Unido se introdujo en 1974, solo luego de que se produjera un boicot de los sindicatos gremiales que en 1971 causó el derrumbamiento de la Ley de Relaciones Industriales. Hasta ese entonces, el nacimiento de la tradición sindical anti legalista había mantenido las relaciones laborales tan libres de la intervención del estado como fuese posible. Desde 1974 se puede acceder a los tribunales del trabajo, sólo después que se haya realizado un intento de acuerdo con el "Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS) (Servicio Consultivo de Conciliación y Arbitraje) Los funcionarios del ACAS actúan como verdaderos intermediarios, buscan la conciliación con los trabajadores como también con los empleadores, y sólo después de que sus intentos han fallado, se puede llevar el caso al Tribunal del Trabajo.

En la tradición corporativista holandesa, la ausencia de tribunales del trabajo tiene un origen institucional opuesto: aquí la protección del trabajo es parte de la intervención trascendental del estado en política social. La filosofía es normar los despidos (con el interés de un bloqueo de salario general en tiempos de pos guerra, como la protección del empleo en nuestros días). Por lo tanto, son controlados por un proceso informal tripartito, antes de acogerse a un tribunal civil. No obstante, la crítica a esta normativa relativa a los despidos, el que según los empleadores es demasiado restric-

tiva, ha conducido a la propuesta de eliminación, y verdaderamente, en los últimos 10 años (desde 1990) los procesos previos al tribunal han fracasado cada vez más, y una menor cantidad de contratos de trabajo han seguido el sistema (la que se aplica sólo para los contratos de trabajo comunes, no para el creciente número de contratos temporales o de medio jornada). De esta forma, en el transcurso de la flexibilización moderna del mercado del trabajo holandés, es más probable que dentro de 20 años, una "alternativa" informal antigua aplicada a los procesos legales, sea abolida, a pesar de toda la retórica acerca de la RAC, la mayor parte de los casos de despido se acogerán en los tribunales.

3.4 La relación arrendador- arrendatario.

Similar a lo que sucede con los conflictos laborales, las disputas de arrendamiento ha llevado a que en muchos países se regulen a través de juntas de mediación o conciliación, con la posibilidad de acceder a un procedimiento judicial, en caso que no se llegue a acuerdo (tal es el caso de las comisiones de arrendatarios en los Países Bajos).

Las querellas por la calidad de las viviendas como también por las rentas de arrendamiento, constituyen una sobre carga de trabajo, por lo cual los tribunales buscan salidas por medio de procesos informales; resolviendo tan sólo los casos más graves, entre los cuales, generalmente, se encuentran las querellas por desalojo. Esto confirma la regla general de la teoría de mo-

vilización de los tribunales: si las dos partes están de acuerdo en continuar las futuras relaciones sociales, por lo general prefieren las instancias informales y tratan de evitar la participación de un tribunal o de un abogado; sin embargo, si están dispuestos a romper las relaciones sociales, es más probable que haya participación de instancias judiciales o procesos legales.

3.5 Ruptura familiar y relaciones post-divorcio.

Generalmente, los temas de familia no llegan a los tribunales, a menos que esté en juego el tema de la separación. La mayoría de los casos de divorcio son de común acuerdo, en el sentido de que ambas partes han llegado a un acuerdo fuera del tribunal. Los países difieren ampliamente en la forma cómo se enfrenta judicialmente un divorcio de común acuerdo. Por ejemplo, la República Federal Alemana exige que todo divorcio pase por un proceso judicial, con una audiencia oral y un fallo de un juez.. En el otro extremo, los casos de divorcio se pueden manejar por un organismo administrativo similar a los que registro civil, y se llevan sólo a los tribunales, en caso que las materias en conflicto hagan indispensable una resolución judicial (como se da en Dinamarca y Japón).

A menudo el divorcio trae consigo obligaciones legales a largo plazo para los ex esposos. Esto se da especialmente cuando están involucrados los hijos. Dichas obligaciones (como la pensión alimenticia) deberán ajustarse a la situación financiera de la persona involucrada. Si no son impugna-

das, dichas acciones judiciales se pueden tornar meras rutinas, pero si los derechos legales deben ser impuestos a las partes involucradas (generalmente el padre que debe pagar la pensión alimenticia), dichos procedimientos se pueden volver adversariales, terminando en sentencias judiciales.

4 Conclusión

Actualmente, en los Países Bajos, se considera la RAC como un reflejo de las tendencias estadounidenses. Sin embargo, estas prácticas tienen una tradición propia; ha sido la práctica usual de las instituciones corporativas, donde los holandeses se perciben a sí mismos como una "sociedad consensual". Aunque consenso no significa ausencia de conflictos y de articulación de intereses., sino más bien apunta hacia un manejo del conflicto en un estadio temprano, antes que se torne más difícil de manejar. Al igual que en los estados benefactores más desarrollados de los países escandinavos, el sistema holandés junto con otorgar alternativas extrajudiciales, presenta un eficaz sistema de beneficio para aquellos que no cuentan con los medios para pagar un abogado y costosos procedimientos judiciales. (Gran parte de las personas que son arrestadas o que enfrentan un juicio criminal cuentan con un abogado defensor que es proporcionado por defensorías penales públicas y, en casos legales civiles, laborales y administrativos una de cada dos casas es absorbido por la defensa pública gratuita). Recientemente, tanto el sistema legal de beneficio como los procedimientos informales, previos al tribunal en Holanda, se han convertido en blan-

cos de la crítica neoliberal; sin embargo, estos mismo promueven la RAC y la mediación como medios para refrenar el aumento de litigios. Por lo tanto, en nuestro país podemos ver el discurso relativo a la "resolución alternativa de conflictos" como un modo de compensación parcial a la fuerte tendencia a la judicialización en que nos encontramos absortos.

«JUSTICIA RESTAURADORA EN SOCIEDADES DIVERSAS Y DESIGUALES»

Kathleen Daly¹



 Puede la justicia restauradora (restorative justice) proporcionar una justicia mejor o más efectiva en sociedades diversas, es decir, en aquellas estructuradas por desigualdades socio-económicas y políticas, y con divisiones de género, edad o étnico-raciales? Sería absurdo que yo pudiera contestar estas preguntas con algún grado de certeza o seguridad: la idea moderna de justicia restauradora está todavía en su infancia. Más aun, una “respuesta” presume que sabemos lo que es “justicia restauradora” y que podemos estar de acuerdo con el significado y referencia comparativa de justicia “mejor” y “más significativa”. A pesar de estos formidables desafíos yo respondo a la pregunta revisando la investigación disponible y colocando la justicia restauradora en un contexto político. Me enfocaré principalmente en las divisiones étnico-raciales y en una forma de justicia restauradora – la conferencia – (ver nota explicativa) como es practicada en Australia y Nueva Zelanda.

Definiendo Justicia Restauradora

La Justicia restauradora es un concepto paraguas que se refiere a diversas cosas. Aplicado al ámbito penal, puede ser definida como un método de respuesta al delito que incluye a las partes clave en la disputa (esto es víctima y delincuente) con el

objeto de reparar el daño causado. A la fecha, la justicia restauradora ha sido usada principalmente en aquellos casos en los que las personas han admitido la comisión de un mal; de esta manera ella se enfoca a la fase penal del proceso criminal, no a la fase de investigación de los hechos. La justicia restauradora puede referirse a la diversión de causas del proceso judicial formal, a acciones tomadas en paralelo con las decisiones de la corte, y a reuniones entre delinquentes y víctimas producidas en cualquier etapa del proceso criminal (arresto, presentación, sentencia y prisión). Se usa no solamente en respuesta a la delincuencia juvenil y adulta, sino en una diversidad de materias de carácter civil. En los últimos 25 años y alrededor del mundo ha sido llamada de distintas maneras: justicia informal (informal justice), justicia reparadora (reparative justice), justicia transformadora (transformative justice), entre otras. El concepto se aplica actualmente *después de los hechos*, a programas y políticas que han tenido lugar desde hace ya algún tiempo. Por ejemplo, en Nueva Zelanda donde una fuerte versión de justicia restauradora tiene lugar legislativamente, el denominar a la “conferencia del grupo familiar”² como justicia restauradora vino varios años después de la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias de 1989. Así aconteció también en el Sur de Australia, donde coordi-

¹ Docente de la Escuela de Criminología y Justicia Criminal de la Universidad de Griffith, Brisbane

² Las comillas son de la traductora.

nadores de justicia juvenil comenzaron a asociar sus prácticas con justicia restauradora varios años después de la aprobación del de la "Ley de Jóvenes Infractores" de 1993.

Contrastes entre dos Modelos de Justicia

Cuando uno se sumerge en la literatura sobre justicia restauradora, lo primero que uno 'aprende' es que la justicia restauradora se diferencia radicalmente tanto de la justicia retributiva, como de la justicia rehabilitadora. Por ejemplo, se dice que la justicia restauradora está enfocada a la reparación del daño causado por el delito, mientras que la justicia retributiva está enfocada al castigo del autor de un delito; o que la justicia restauradora se caracteriza por la existencia de un diálogo y una negociación entre las partes, mientras que la justicia retributiva se caracteriza por la existencia de relaciones de tipo adversarial entre las partes; o que la justicia restauradora asume que los miembros u organizaciones de la comunidad toman un rol más activo, mientras que para la justicia retributiva la comunidad está representada por el estado. Y así los contrastes continúan (ver Apéndice 1). Lo más llamativo es que los ejemplos asociados con la justicia restauradora se describen como perteneciendo al lado inferior de este dualismo judicial.

Los fuertes contrastes pueden ser reconfortantes, pero nos seducen hacia un pensamiento dicotómico y displicente acerca de las prácticas judiciales. El trabajo pesado y desafiante que tenemos por delante es pen-

sar más profundamente y visualizar más tonos grises al imaginar cómo esta forma emergente de justicia se articulará con la 'antigua' -- tanto en los términos de los objetivos de la justicia restauradora (ej. reparación del daño) como en las prácticas de la justicia restauradora (un proceso legal informal).

Mi crítica respecto de los fuertes contrastes establecidos entre estos modelos de justicia está estructurada en tres partes. Primero, no comparto el encuadre oposicional entre justicia retributiva, rehabilitadora y restauradora en términos tanto empíricos como filosóficos. He manifestado esta posición por algún tiempo (Daly y Immarigeon, 1998), al principio tentativamente pero actualmente con más confianza, habiendo pasado tiempo en terreno conduciendo un importante proyecto sobre Conferencia en el Sur de Australia (Daly et al. 1998). Al practicarla, la justicia restauradora contiene elementos emocionales y psicológicos tanto de la justicia retributiva como de la rehabilitadora. Filosóficamente, una mezcla de prácticas judiciales aparentemente contrarias, esto es, castigo y reparación, pueden ser acomodadas en argumentos filosóficos (Duff, 1992, 1996; Daly, 1999). Ciertamente existen varias diferencias claves entre justicia restauradora y otros modos de justicia: el proceso está diseñado para incluir a las víctimas como actores principales del mismo y para utilizar un mecanismo más informal de toma de decisiones negociadas, que incluya tanto a los actores civiles como legales. Pero en los elementos fundamentales de objetivos y propósitos judiciales (ej. castigar, rehabilitar,

restituir, reparar el daño) el contraste de oposiciones no es apropiado.

Segundo, no estoy convencida de que debamos remover la idea de castigo, en un proceso o resultado de justicia restauradora (o resultado, eliminar), aun en su forma más ideal (Daly, 1999; ver también Zedner, 1994). Más bien debemos considerar cómo la idea de castigo puede ser parte de la justicia restauradora.

Finalmente, la mayoría de las personas hoy día admiten que la justicia restauradora no puede reemplazar a los procedimientos y leyes penales actuales. Más bien, la idea es que los procesos informales (y no-criminalizantes, no-estigmatizantes) de control social, junto con el uso del diálogo y la persuasión, debieran formar una parte mayor de la actividad del sistema judicial de lo que es actualmente el caso.

En resumen, caracterizar a la justicia restauradora como "opuesta" a la justicia retributiva no puede ser sostenido empíricamente cuando uno examina las prácticas de las conferencias. En cualquier nueva empresa de justicia debemos esperar encontrarnos tanto lo "antiguo" como lo "nuevo" trabajando en conjunto. Ciertamente la fuerza de la conferencia, en cuanto representa uno de los tantos modelos prácticos de justicia restauradora, es que permite que múltiples objetivos de justicia -- de retribución, restitución, y rehabilitación -- sean acomodados en un solo proceso. Los comentaristas harían bien en cambiar sus demandas retóricas desde un marco oposiciones y adversarial de justicia retributiva y

restauradora, y moverse hacia una lectura más compleja de principios y prácticas judiciales que refleje lo que los participantes de la conferencia (no sólo los profesionales) están pensando y haciendo.

Variedades de justicia restauradora.

Mirando alrededor del mundo hoy día, las siguientes prácticas están contenidas bajo el título de justicia restauradora:

"Conferencia" de diversas variedades en Australia, Nueva Zelanda, Inglaterra, EE.UU. y Canadá. Mientras la versión de conferencia en el hemisferio norte es generalmente guiada por la policía, en el hemisferio sur no lo es. (2)

'Círculos de sentencia' que surgieron entre los grupos de las "Primeras Naciones Canadienses" o culturas indígenas, y que están siendo utilizados en prácticas judiciales para grupos indígenas y no indígenas en Canadá y Estados Unidos.

Esquemas de mediación entre víctima y delincuente, que incluyen una variedad de prácticas en el Reino Unido, Europa y Países Escandinavos.

Otras prácticas tales como "juntas de reparación" en Vermont, servicios para las víctimas de delitos, reuniones entre delincuentes presos y sus víctimas (o los miembros de su familia).

Volviendo a las Antípodas, existe diversidad en cómo se practica la conferencia y donde está localizada en términos de su organización. Comparada con otros países

del mundo, Nueva Zelanda tiene el modelo más desarrollado y sistemático de justicia restauradora. Todos los casos juveniles que no son finiquitados por la policía van a conferencia en alguna etapa, incluyendo aquellos sentenciados en la Corte. Nueva Zelanda es también única, en cuanto a que la idea de conferencia emergió no sólo de los intereses de funcionarios de Estado y trabajadores sociales, sino que también provino de un proceso político de activismo “de arriba hacia abajo” (jueces) y de activismo “de abajo hacia arriba” por parte de grupos Maoríes. Ninguna otra jurisdicción en las Antípodas ha tenido este tipo de historia de política grupal de mayoría-minoría en la confección de políticas de bienestar y justicia. En Australia, mi impresión es que la idea de conferencia penetró en el proceso político y legislativo casi enteramente vía administradores y profesionales de nivel medio (incluyendo a la policía), generalmente dejando de lado las políticas “desde abajo” (ver también Cuneen, 1997).

Aunque Nueva Zelanda se considere un lugar ejemplar para la justicia restaurativa, no todo marcha conforme a lo planificado. En una conferencia en Wellington en Octubre de 1998, aprendí que los principales partidarios en Nueva Zelanda estaban todos de acuerdo en los principios, pero que había recursos insuficientes para llevarlos a cabo. Anteriormente en el mismo año, en Julio 1998, se efectuó una conferencia para examinar las relaciones Maori-Estado en el sistema de justicia criminal; un comentarista informa que “la mayoría de los representantes Maoríes condenaron al gobierno” por el tipo de políticas que habían

surgido en la década anterior (Tauri, 1999:164).

Respecto de Australia, a continuación se señalan los hechos sobresalientes que están sucediendo hoy día, obtenidos de legislación, instrucciones administrativas y manuales de procedimiento: -

- Todos los ocho estados y territorios han hecho uso de la conferencia, pero hay cinco en los que la conferencia está activa en los casos de justicia juvenil: Australia del Sur, Australia Occidental, Queensland y Nueva Gales del Sur, quienes legislativamente establecieron las conferencias durante 1993-97. La quinta jurisdicción es el Territorio Capital Australiano (TCA) que no tiene base legislativa y donde la policía ha dirigido las conferencias desde 1995 en conexión con los Experimentos de Vergüenza Reintegradora (ERTV) – (‘Re-Integrative Shaming Experiments’- RISE). En Victoria, la conferencia se usa solamente en materias pre-sentencia y es operada por una organización no estatal. Tasmania aprobó legislación en 1997 pero el estado está indeciso en cómo ésta debe ser implementada. En 1999, el Territorio del Norte introdujo “conferencias diversionarias” (diversionary conferences) como uno de los varios programas de diversión de casos del sistema judicial, para un selecto grupo de delincuentes y delitos. (3)

- En las cinco jurisdicciones más activas, las conferencias se usan típicamente en materias de delincuencia juvenil, no en materia de delincuencia adulta,

excepto en el TCA en donde, durante 1995-97, se utilizó para el manejo de casos de conducción en estado de ebriedad. También en Queensland, aunque no como parte de la legislación, existe una interpretación administrativa según la cual las conferencias pueden ser usadas en algunos casos adultos. La conferencia se utiliza principalmente en materias criminales, no en la toma de decisiones sobre cuidado y protección, salvo en Australia del Sur.

En relación a casos de justicia juvenil:

- Existe una gran variedad en el número de conferencias efectuadas en cada jurisdicción anualmente: Australia del Sur completa más de 1400 conferencias al año; en Australia Occidental la estimación es de 1200 a 1400 (aunque es difícil obtener un número preciso); en el TCA, 200 a 250 al año; en Queensland, donde sólo operan pilotos, alrededor de 200 al año; en Victoria, que solamente usa las conferencias para selectas materias objeto de sentencia, alrededor de 40 al año; y en Nueva Gales del Sur, es demasiado temprano para hablar, puesto que el estado solo empezó las operaciones en Junio de 1998. (En comparación, el número anual de conferencias de justicia juvenil en Nueva Zelanda llega de 5850 a 6600.)
- Algunas jurisdicciones enlazan sus prácticas con las teorías de "justicia restauradora", otros a la "vergüenza reintegradora" y otros a una mezcla de ambos y con elementos adicionales. Tales teorías no están recogidas por la le-

gislación, sino que más bien se encuentran en los manuales de prácticas o procedimiento.

- Las derivaciones de casos a las conferencias son típicamente usadas como una forma de diversión de éstos de los cortes criminales, pero en varias jurisdicciones (Queensland y Nueva Gales del Sur), la conferencia puede también ser usada como una opción de presentencia.
- Aunque la conferencia es principalmente usada al manejar casos que llegan a la atención policial, también se usa en disputas en escuelas y lugares de trabajo en Queensland y Nueva Gales del Sur, como parte de la Justicia Transformadora de Australia.
- En una jurisdicción (Queensland) las víctimas tienen derecho a veto sobre si se puede sostener una conferencia, y en tres jurisdicciones (Australia Occidental, Queensland y Nueva Gales del Sur) las víctimas tienen derecho de veto acerca del acuerdo o plan de la conferencia si ellas están presentes en la conferencia.

Aunque es posible realzar lo que las jurisdicciones australianas están haciendo (ver también Bargen, 1996, 2000), las prácticas actuales pueden diferir de lo que está establecido en la legislación o en directrices administrativas. Cada jurisdicción Australiana tiene una historia y política diferente sobre lo que precedió a la conferencia y esto afecta la forma como la idea se materializó y la manera en que se desarrollará en esa jurisdicción. No sólo existe variación jurisdiccional en cómo los operadores del

sistema jurídico están experimentando con la conferencia, sino que también en cualquiera jurisdicción los oficiales de policía y coordinadores de conferencia (u otros practicantes) pueden tener diferentes visiones de lo que están tratando de cumplir. Esta diversidad de perspectiva ideológica y de práctica actual tiene todavía que ser graficada y analizada, pero es una tarea crucial para describir “lo que está pasando” en Australia hoy día.

¿Puede la justicia restauradora proporcionar un tipo de justicia “mejor” o “más efectiva” en sociedades diversas?

Nueva Zelanda y Australia están empuñadas en un amplio experimento con justicia restauradora, que tiene un restringido marco de tiempo (diez años en Nueva Zelanda, cinco en Australia) y con diversas historias políticas, sedes organizativas, y apoyo estatal. A pesar de estas calificaciones, la breve respuesta que doy es un “sí” condicional: dentro de las limitaciones de la ley liberal, la justicia restauradora puede proporcionar un tipo de justicia “mejor” o “más efectivo” en sociedades diversas y desiguales, *si* está ligado a un proceso político y *si* está bien financiado. Por ahora dejo de lado el problema de definir justicia “mejor” o “más efectiva”. (Por ejemplo, ¿cuáles indicadores se tomarían para “efectiva”? ¿Para cuáles grupos y para qué conflictos es una práctica de justicia mejor o más efectiva? ¿Con qué puede ser comparada la justicia restauradora? Yo supongo que cualquier sociedad requerirá de múltiples modalidades de justicia, no sólo de una. Existen otras opiniones en apoyo de las aquí expresadas

respecto de sistemas judiciales en sociedades diversas y desiguales:

- Es probable que cualquier práctica de justicia, por muy bien intencionada que sea, reproduzca relaciones existentes de desigualdad (Abel, 1982; Matthews, 1998).
- Los esfuerzos para alcanzar una sociedad más justa provendrán en gran medida de políticas de redistribución de la riqueza y del poder político, junto con cambios en las divisiones y valor del trabajo, no de políticas de sistemas judiciales. Sin embargo, es posible identificar respuestas al crimen más o menos “justas” en sociedades desiguales.
- Una tensión de importancia en los sistemas de justicia – la doble demanda por una respuesta “individual” y “uniforme” – no puede ser satisfecha por un solo modelo judicial. Hemos visto en el siglo pasado muchas injusticias provenientes de aplicaciones radicales tanto del tratamiento “uniforme” como del “individualizado”.
- Las relaciones de desigualdad no actúan en la misma forma en grupos diferentes. Hay influencias distintivas de género, en comparación con clase o étnico-raciales, en las infracciones a la ley y en la respuesta estatal al crimen. El género parece no calzar con el modelo esperado de desigualdad y criminalización, en el que los miembros más subordinados de la sociedad tienen más probabilidades de ser objeto del control social estatal (Daly y Tonry, 1997).

Si la idea de justicia restauradora ha de tener éxito, debe estar ligada a un proce-

so político, y con esto quiero decir un proceso de compromiso entre y a través de los intereses de grupos de minoría política (ej. indígenas y feministas) y los gobiernos, aunque sería erróneo limitar tales compromisos a segmentos de la sociedad que carecen relativamente de poder. Como enfatiza Braithwaite (1996:8-9), la justicia restauradora tiene gran potencial para dar respuesta al crimen corporativo y estatal. Para la investigación, tomaré datos de estudios sobre conferencias en Nueva Zelanda; sobre Experimentos en Vergüenza Reintegradora (EVR) en el Territorio Capital Australiano (TCA); de un estudio preliminar que conduje sobre conferencias en la TCA y Australia del Sur; conclusiones de la Investigación de la Justicia Juvenil de Australia del Sur sobre el proyecto de Conferencias; y otras investigaciones en Australia Occidental, Queensland y Australia del Sur.

Nueva Zelanda

Los comentaristas suelen decir que las conferencias de grupo familiar en Nueva Zelanda reflejan las prácticas "tradicionales" de resolución de disputas. Esto es correcto sólo en parte, y ha llevado a la errónea conclusión de que el proceso de conferencia es una práctica "indígena". Una historia más precisa sería que las luchas del pueblo Maorí durante los años ochenta por tener mayor participación en los casos de cuidado y protección de los hijos, a través de la toma de decisiones en el grupo familiar, condujo al desarrollo de la conferencia de familia como un método de toma de decisiones. (Su uso en casos de justicia juve-

nil vino como una consecuencia posterior). La idea era que se podría tener mejores resultados con una mayor participación del "grupo familiar" Maorí y con una participación decreciente de los trabajadores sociales estatales u otros profesionales.

Los siguientes son hechos importantes surgidos de investigación llevada a cabo en Nueva Zelanda durante 1990-91 (Maxwell y Morris, 1993; Morris y Maxwell, (1993), junto con estudios más recientes de ellos mismos.

- La mayor parte de las familias y adolescentes (infractores) se sintieron involucradas en la toma de decisiones.
- La mayoría de las familias y jóvenes se sintieron satisfechos con los resultados alcanzados.
- Casi todas las conferencias terminaron en acuerdo.
- La mayoría de los jóvenes cumplieron los acuerdos alcanzados en la conferencia (esto es, realizaron trabajos comunitarios, pidieron disculpas, y otros).
- En comparación con los jóvenes y sus familias, la participación de las víctimas fue sustancialmente menor (la mitad de las víctimas asistieron a las conferencias), y el nivel de satisfacción de las víctimas con el proceso no fue tan alto.
- La ley de 1989 "específicamente recomienda el uso de procesos culturalmente apropiados y la provisión de servicios culturalmente apropiados" (Morris, 1999:4). Sin embargo, Maxwell y Morris (1996:95-96) informan que aunque si bien "las conferencias podían trascender el tokenismo y expresar un

proceso Maorí, ellas a menudo no logran responder al espíritu del Maorí ni alcanzar resultados de acuerdo con los valores y filosofía Maoríes". (Ellos notan que los "métodos tradicionales Maoríes no siempre eran benignos" en cuanto ellos incluían muerte, esclavitud y exilio.) Los autores observan que "el nuevo sistema permanece aún insensible a las diferencias culturales" y esto es en parte una consecuencia de que el gobierno no haya respetado su compromiso de proveer los recursos necesarios. Ellos notan además que puede haber problemas de comunicación y entendimiento cuando distintos grupos culturales son representados como víctimas y autores en las conferencias.

En cuanto a los efectos en el sistema en Neocelandés, ha habido una reducción de dos tercios en las comparecencias juveniles ante la Corte desde 1987 a 1996 y una reducción del 50 por ciento en las sentencias de prisión para los jóvenes durante este tiempo, aunque las cifras de encarcelamiento para los adultos no han disminuido (Morris, 1999:5). Un tanto paradójicamente, a la luz de esta aparente tendencia de descarceración, el 'Presupuesto Resumido' (Budget in Brief) de Nueva Zelanda para 1999 anunció planes para establecer siete cárceles juveniles con el objeto expreso de sacar 'a los jóvenes de las prisiones de adultos', mantener a los 'jóvenes encarcelados cerca de sus familias', y proporcionar 'mejores servicios educacionales'. (6)

Maxwell y Morris han realizado varios estudios sobre si la experiencia de asis-

tir a una conferencia puede disminuir o no la reincidencia, y su trabajo es todo lo que se tiene actualmente en la materia. En un estudio anterior, informan que, de los jóvenes comprendidos en la muestra de las conferencias tomada en 1990, la mayoría (58 por ciento) habían sido condenados dentro de los cuatro años después de que la conferencia tuvo lugar, por delitos o infracciones de tránsito, en Cortes juveniles o de adultos. Ellos estimaron que "que aquellos jóvenes que habían cometido inicialmente un gran numero de delitos o que tenían antecedentes criminales previos a su ingreso a la muestra, tenían un pronóstico más alto de reincidencia y/o de incurrir en delincuencia habitual, y lo mismo respecto de los jóvenes mayores de edad y pertenecientes a la etnia Maorí", entre otras calificaciones (Maxwell y Morris, 1996:107). En un segundo estudio de su muestra, a los seis años y medio después de la conferencia, Maxwell (1999) encuentra que aquellos que habían sido 'persistentemente condenados' (definidos como habiendo aparecido ante la Corte cinco o más veces en causas criminales, 28 por ciento de la muestra) podían ser distinguidos de aquellos que no habían sido condenados (29 por ciento) por una serie de variables indicativas de problemas sufridos por los jóvenes en una edad temprana, por la manera en que los jóvenes y sus familias se sintieron durante la conferencia, y por hechos subsecuentes en la vida de los jóvenes. Maxwell (1999:7) concluye que "la exitosa intervención temprana es probablemente la estrategia más efectiva" para prevenir el delito; sin embargo, las conferencias pueden efectivamente desempeñar un rol si ciertos elementos están presentes, ta-

les como: cuando los jóvenes y quienes los apoyan ven que el resultado se ha obtenido en forma justa, cuando dejan la conferencia sin sentirse mal de sí mismos, y cuando los jóvenes están 'verdaderamente arrepentidos' por lo que han hecho.

Comparado con Australia, el gobierno de Nueva Zelanda ha dado mayor atención al problema de la sobre representación de los indígenas (Maoríes) en el sistema. A pesar de esa mayor atención, los comentarios académicos en Nueva Zelanda se extienden desde dudosamente positivos o tibios (Olsen et al., 1995; Maxwell y Morris, 1996; Tauri y Morris, 1997) hasta fuertemente críticos (Tauri, 1999) acerca de cuán bien el proceso de conferencia ha lidiado con las diferencias culturales, de clase y raciales.

Experimentos sobre la Vergüenza Reintegradora (EVRT) –Canberra.

EVRT es importante porque compara las prácticas de justicia entre las cortes y las conferencias, y lo hace con una variada asignación de casos a Corte o a conferencia. Sus limitaciones son:

(1) las conferencias en Canberra se usan para ofensas relativamente menores (especialmente en comparación con Australia del Sur), aunque las conferencias han sido usadas en casos de adultos por conducir en estado de ebriedad, y
(2) las conferencias usan el modelo estilo Wagga (conferencias conducidas por la policía), lo que es atípico de Australia. A continuación se presentan hechos relevantes observados a través de ERTV, basados en

datos de los procedimientos de Corte y conferencias observados, junto a entrevistas conducidas entre 1995-97 (Sherman et al., 1998; Strang, 1999):

- Los jóvenes infractores reportan haber experimentado mayor *justicia procesal*³ (definida como ser tratados respetuosamente y con justicia) en conferencias que en procedimientos ante los Tribunales.
- Los jóvenes infractores reportan mayores niveles de *justicia restauradora*⁴ (definida como la oportunidad para reparar el daño que ellos han causado) en conferencias que en Tribunales.
- Las conferencias aumentaron más que los Tribunales el respeto de los jóvenes infractores por la policía y la ley.
- La experiencia de una justicia restauradora es mayor entre las víctimas que asistieron a las conferencias que entre aquellas que asistieron a los tribunales (ej., recuperarse de la ira y de la vergüenza).
- Las víctimas que asistieron a las conferencias reportan altos niveles de justicia procesal; esto no pudo ser medido para las víctimas en los tribunales porque estas raramente asistieron.

EVRT sugiere que las conferencias entregan una mejor calidad de justicia que los Tribunales. A la fecha, los análisis no han explorado aún si es que los juicios u opiniones acerca de una justicia restauradora y procesal varían de acuerdo a la ubicación

³ Las cursivas son de la traductora.

⁴ Id.

social (ej. , género y étnico-racial)

Mi investigación preliminar en Australia.

Durante los años 1995-96 cuando yo era un 'Senior Fullbright Scholar' en la Universidad Nacional de Australia, tuve la ocasión de observar 24 conferencias de justicia juvenil en el TCA y en Australia del Sur, y viajé a Alice Springs para conocer un proyecto piloto de conferencia dirigida por la policía (Daly, 1996). A mí me interesaba explorar varias críticas hechas a la conferencia, entre ellas, los argumentos anti-racistas y feministas (Blagg, 1997; Stubbs, 1995). Blagg criticaba el estilo Wagga de conferencia, el cual, pensaba, daría a la policía mayores poderes sobre la juventud Aborígen y que podría aumentar el castigo inapropiadamente en conferencias controladas por no-Aborígenes. Respondiendo a los argumentos de Braithwaite y Daly (1994) para usar la conferencia en casos de violencia intra-familiar y violación, Stubbs (1995) hacía notar los problemas potenciales de desigualdad de poder entre género y la posibilidad de que las víctimas en tales casos se sintiesen peor después de una conferencia (citando resultados de Maxwell y Morris, 1993:119-120). Explorando las críticas anti-racistas, descubrir que las dinámicas de conferencia funcionaban mejor cuando, además de autores (o víctimas), había otros Aborígenes presentes en la conferencia, tales como ayudantes de policía, trabajadores de la comunidad, o representantes del Movimiento por los Derechos Legales de los Aborígenes. Contrariamente a la preocupación de Blagg por el incremento del poder

policial, las estadísticas de Australia del Sur (Wundersitz, 1996; Doherty, 1999) y Australia Occidental (Jones, 1994) muestran que las proporciones de jóvenes Aborígenes y no-Aborígenes referidos a conferencias son casi las mismas.

Respecto de la crítica feminista, encontré justificada la preocupación sobre la posible re-victimización de mujeres en las conferencias. De las 28 víctimas en las conferencias, encontré que siete habían sido tratadas con falta de respeto o habían resultado emocionalmente afligidas como resultado de la conferencia. Seis eran mujeres y el único hombre era un muchacho Aborígen. Mientras que los desbalances de poder entre género, tales como el que los hombres dominaran la discusión o tuvieran mayor peso en la toma de decisiones, no eran aparentes, se apreciaba que las conferencias eran eventos de género. Mientras que pocos autores pertenecían al género femenino (15 %), las mujeres eran un 52 % de quienes brindaban su apoyo o soporte a los ofensores, y un mayor número de madres que de padres de jóvenes estaban presente en las conferencias, aunque las mujeres no estaban más involucradas que los hombres en la supervisión del cumplimiento de los acuerdos. Estos descubrimientos, que considero como tentativos y sugerentes, fueron explorados más adelante en un estudio más amplio sobre conferencias que lancé en 1998, el proyecto 'Justicia Juvenil de Australia del Sur'- JJAS (SAJJ- South Australia Juvenile Justice.).

Investigación sobre las Conferencias en Justicia Juvenil de Australia del Sur (JJAS)

El JJAS reunió datos de observación y entrevistas durante 1998-99 sobre 89 conferencias y 172 autores y víctimas; además, oficiales de la policía y coordinadores completaron informes para cada conferencia, y ellos fueron entrevistados al final del período de investigación. El JJAS difiere del proyecto de EVRT en que se enfoca únicamente en las conferencias, su tamaño de muestra es menor, y examina conferencias realizadas con el de modelo Nueva Zelanda, no el modelo de Wagga (Daly et al., 1998) La reducción y el análisis de los datos recién han comenzado, pero estos hallazgos pueden ser destacados:

- Las conferencias reciben una alta puntuación por parte de los cuatro grupos clave en ellas (policía, coordinadores, víctimas y autores) en aspectos tales como justicia procesal, incluyendo el ser tratado con respeto y justicia, tener una voz en el procedimiento, entre otras. Los análisis de la ubicación social de los participantes tales como género o raza/etnicidad no muestran diferencias.
- Comparado con las muy altas calificaciones de justicia procesal, existen niveles un tanto inferiores de justicia restauradora (definida como 'movimiento' entre víctimas y autores hacia una mayor empatía o comprensión de la situación del otro).

Esto sugiere que aunque es posible tener un proceso percibido como justo, es relativamente más difícil para las víctimas y autores resolver su conflicto totalmente o encontrar algún terreno común — al me-

nos en la conferencia misma.

- Observaciones sistemáticas de conferencias fueron efectuadas para determinar si estaban presente desbalances de poder, si las víctimas eran re-victimizadas, y si se hacían comentarios derogatorios. En las entrevistas, preguntábamos a los jóvenes (delincuentes) y a las víctimas si acaso se habían sentido desfavorecidos durante la conferencia a causa de su sexo o identidad étnico/racial. Las instancias explícitas de prejuicio y poder, o de sentimientos de desventaja eran escasos.

Otras investigaciones en Australia Occidental y Queensland.

De todos los estudios sobre conferencias realizados hasta la fecha — de Nueva Zelanda, el TCA, y Australia del Sur — el hallazgo más fuerte y consistente es que el proceso es considerado justo por los participantes y que hay generalmente altos niveles de satisfacción con los procesos y sus resultados. Estos hallazgos son también evidentes en informes de Australia Occidental (Cant y Downie, 1998), y Queensland (Palk et al., 1998). Con algunas excepciones (ej. Maxwell y Morris, 1993; Olsen et al., 1995, sobre participantes Maorics) se sabe comparativamente poco sobre cómo las ideas de 'justicia' y 'satisfacción' pueden variar según identidades étnico/raciales. Cant y Downie (1998:61) encuentran que en Australia Occidental, un 35 % de los casos de jóvenes Aborígenes, que fueron referidos a los Equipos de Justicia metropolitanos, fueron devueltos a la policía o a la Corte 'como inapropiados o insatisfactorios, comparados con un 17 % de derivaciones de no-Abori-

genes'. Las razones fueron una imposibilidad de ubicar al joven, la inasistencia del joven a la reunión (conferencia), y el no cumplimiento por parte del joven del plan de acción. Se condujeron entrevistas con un reducido número de familias Aborígenes (un total de siete) en las áreas metropolitanas y rurales, quienes tuvieron reacciones positivas y negativas en una medida aproximadamente iguales

Informe de Australia del Sur acerca del contacto de Aborígenes y no-Aborígenes con la justicia

Está claro que la introducción de cualquier medida nueva de justicia por parte de un sistema predominantemente 'blanco', a pesar de la buena intención o de los buenos recursos, será tomado con cautela por el pueblo indígena. Aun más, cualquier nueva medida no puede borrar una larga historia de prácticas de la policía, con la memoria acumulada de desconfianza y rabia de ambos lados. Quiero ahora referirme a un informe estadístico, recién entregado por la Oficina de Australia del Sur de Estadísticas Criminales (Doherty, 1999), usando datos de 1997 de Australia del Sur, que compara los modelos de contacto de Aborígenes y no-Aborígenes con el sistema de justicia juvenil. Informes como éste son valiosos para mostrar el manejo del crimen a través de todo el sistema, y no solamente de la parte tramitada a través de la conferencia. Al mismo tiempo, el tenor no teórico de tales informes, cuyo propósito es de discutir 'diferencias de raza' sin tener una teoría de 'raza', es insatisfactorio.

Cuando el informe Doherty (1999) fue recién entregado, un reportaje apareció en el "Adelaide Advertiser", titulado 'Sistema de Justicia le falla a la juventud' (Junio 9, 1999:31), con un enfoque sobre el fracaso del sistema para los jóvenes Aborígenes. El reportaje seleccionó extractos de un análisis de dicho informe por parte del Movimiento por los Derechos Legales de los Aborígenes (Booth, 1999), que se basaba en las estadísticas para demostrar las continuas desventajas de los jóvenes Aborígenes en el sistema. Mi lectura del informe Doherty sugiere que es necesaria una interpretación más realista y crítica de las estadísticas. Desde un punto de vista realista, la culpabilidad de los jóvenes Aborígenes por sobre representación en arresto, corte, y establecimientos de cuidado yace menos en las respuestas del sistema judicial al crimen y más en la estructura de la sociedad australiana, junto con sus políticas históricas y contemporáneas hacia el pueblo Aborígen. Estas determinantes estructurales han erosionado severamente los métodos de control social de las personas jóvenes (especialmente niños y jóvenes hombres) por los adultos, y ellos han erosionado severamente la confianza o credibilidad del pueblo Aborígen en la legitimidad de la justicia blanca. Simultáneamente, las estadísticas deben ser criticadas más severamente. Doherty (1999:100) afirma con razón que 'el sistema judicial en sí mismo no tiene la capacidad de rectificar las grandes desigualdades estructurales que enfrenta la comunidad Aborígen'. Sin embargo, ella no explica la afirmación de que 'el sistema judicial tiene la responsabilidad de asegurar que cuando un joven, sea éste Aborígen o no

Aborigen, entra en contacto con la policía por sospecha de haber cometido un delito, éste sea tratado con eficiencia y equidad' (Doherty, 1999:100). Examinaré esta afirmación más adelante, pero primero destacaré los siguientes hallazgos del informe:

- En 1997 los jóvenes Aborígenes eran un 2 por ciento de la población de Australia del Sur, pero ellos comprendían el 14 por ciento de las detenciones policiales y 23 por ciento de las admisiones en cuidado seguro (detención, custodia policial, o prisión preventiva) (pp. ix, 86)
- Una mayor proporción (14 por ciento) de jóvenes Aborígenes que no Aborígenes (4 por ciento) tenían 10 a 12 años de edad cuando fueron arrestados
- De los jóvenes aprehendidos o interceptados por la policía, una proporción mayor de Aborígenes (47 por ciento) fueron arrestados, en comparación a jóvenes no-Aborígenes (27 por ciento) (p.22)..
- La actividad policial varía según el lugar: la mayoría de los jóvenes Aborígenes fueron aprehendidos en divisiones rurales (57 por ciento), mientras que la mayoría de los jóvenes no-Aborígenes fueron aprehendidos en divisiones metropolitanas (77%) (p. 8). No se hicieron observaciones en el informe acerca de esta notable diferencia.
- De los jóvenes Aborígenes aprehendidos, 13% recibió una amonestación formal, 18% fueron referidos a conferencia familiar, y 66% fueron referidos a la Corte (el resto fue desestimado). Para los jóvenes no-Aborígenes los porcentajes respectivos fueron 36%(amo-

nestación formal), 18% (conferencia familiar), y 43% (Corte) (p. 27). Claramente entonces, la posibilidad de diversión⁵ de la corte es más alta para los jóvenes no-Aborígenes (54%) que para los Aborígenes (31%).

- En una proporción mayor de jóvenes Aborígenes (19%) que de no-Aborígenes (8%), la conferencia no siguió adelante, siendo la razón principal de ello la circunstancia de que el joven no se presentase a la conferencia (p.3).
- Más jóvenes Aborígenes (27 por ciento) que no-Aborígenes (12 por ciento) fallaron en el cumplimiento de las condiciones del acuerdo alcanzado en la conferencia (p.55).
- Debido a que las amplias categorías de delitos por los cuales los jóvenes fueron ingresados al sistema no distinguen entre grupos raciales, no es posible explicar tales diferencias en función de variaciones en el tipo de delito. Sin embargo, el informe tampoco ofrece antecedentes acerca del historial criminal previo de los adolescentes que permita, al menos en parte, explicar dichas diferencias.

Interpretando estadísticas: la necesidad de moverse más allá de lecturas liberales de diferencia racial

Las descripciones estadísticas de hechos judiciales complejos pueden ser di-

⁵ Nota de la traductora: La expresión "diversión de la corte" está tomada literalmente del inglés "diversión from court" y hace referencia a las formas de salidas alternativas o de evitación del juicio propiamente tal.

ficiles de interpretar sin conocer lo que está sucediendo en el terreno. Por ejemplo ¿podríamos decir que la razón por la cual una mayor proporción de jóvenes Aborígenes no se presentó el día de la conferencia fue porque los coordinadores de justicia juvenil no trabajaron bastante o no fueron lo suficientemente 'sensibles' a estos casos? ¿O deberíamos decir que los jóvenes Aborígenes están desafectados de cualquier sistema de proceso judicial, sea éste amonestación, conferencia o Corte? De mi investigación en Australia del Sur, no encuentro apoyo para la interpretación anterior pero sí mucho más apoyo para la posterior.

¿Y cómo interpretamos el mayor fracaso de los jóvenes Aborígenes de completar sus acuerdos de las conferencias? ¿Podríamos decir que su grupo de apoyo familiar no estaba allí para ayudarlos y asistirlos? ¿Que el compromiso era 'demasiado pesado' para que ellos lo cumplieran? ¿Que los jóvenes Aborígenes no ven ningún valor en completar el acuerdo, puesto que es solamente otro 'trabajo vergonzoso' que la justicia blanca les ha impuesto? Seguramente debe haber una conexión entre la falta de cumplimiento de acuerdos y una subsecuente decisión policial de no referir algunos casos a conferencia.

Lo que nos trae a los actores clave en el proceso diversionario: los oficiales de policía.

¿Cómo explicamos las decisiones de derivación de casos de la policía, por ej. las derivaciones relativamente bajas a amonestación formal y las mayores derivaciones a

la corte para jóvenes Aborígenes en comparación con no-Aborígenes? ¿Podríamos decir que la policía está sobre-reaccionando ante la juventud Aborígen, no proporcionándoles un trato discrecional lo suficientemente benévolo? ¿O admitiríamos que más jóvenes Aborígenes están rehusando reconocer que ellos han hecho algo malo, excluyendo así la oportunidad de una amonestación formal o de una derivación a conferencia? Tal vez podríamos decir que a causa de que los jóvenes Aborígenes tienen mayor posibilidad de contactos previos con la policía que los no-Aborígenes (por variadas razones) y porque los jóvenes Aborígenes son menos propensos a cumplir los acuerdos, la policía "se ha dado por vencida" en cuanto a considerar el valor de la diversión para aquellos jóvenes que han sido detenidos varias veces o que han faltado a sus compromisos contraídos en las conferencias. Los datos estadísticos por sí solos no pueden decirnos *qué* es lo que la policía y los jóvenes están haciendo y diciendo y *por qué*.

Es necesario que enfrentemos las preguntas más difíciles y complejas acerca de cómo los sistemas de prácticas judiciales están saturados y marcados por divisiones étnico/raciales (y otras), tanto en el pasado como en el presente. El informe Doherty, como otros de su tipo, no va más allá del recuento numérico de las cosas, divididas y encasilladas en tanta cantidad de tablas. Tampoco va más allá de un entendimiento liberal del proceso legal y de los métodos de interpretación de las diferencias étnico/raciales (Daly, 1994a, 1994b). Por ejemplo ¿cuál es el significado de 'tratamiento equitativo' para jóvenes Aborígenes

cuando el standard de igualdad está "centrado en la cultura blanca"? ¿Cuál es el significado de 'tratamiento efectivo' cuando una cultura y un sistema judicial dominados por blancos pueden simplemente decidir que la incapacitación de jóvenes Aborígenes es más 'efectiva'? ¿Por qué, en resumen, muchos comentaristas continúan definiendo justicia como 'igualdad de tratamiento'? ¿Por qué los comentaristas *siempre* asumen que los resultados para miembros fuertemente marginados de una sociedad son 'similares' a aquellos respecto de sus miembros más convencionales?

Existe, sin duda, una legítima fuerza moral en llamar la atención acerca de la sobre representación de los grupos marginalizados en los sistemas de justicia criminal, y los pueblos Aborígenes de Australia (especialmente sus hombres) no son la excepción. Sin embargo, es necesaria una lectura más crítica de las estadísticas, que no asume ingenuamente 'igualdad de resultados' en una sociedad desigual. La subsecuente politización de las estadísticas (ej. Booth, 1999 o reportajes de los medios) no produce, lamentablemente, el avance de una agenda política anti-racista. Más bien las posiciones se radicalizan en ambos lados, descarriando un diálogo de compromiso racial. Mirando hacia un futuro en que la soberanía de los grupos indígenas estará en la agenda (Murphy, 1999; Tauri, 1999), nosotros tendremos que contemplar varios sistemas de justicia (no sólo el sistema dominado por blancos), trabajando en paralelo o articuladamente uno con otro de la misma manera.

Al diseñar las medidas sobre la viabilidad de estos sistemas soberanos (aunque articulados), no necesariamente debiéramos asumir 'igualdad de resultado' o 'tratamiento equitativo' -- cualesquiera que sea el significado de esos términos para la gente.

Conclusión

Los principios y prácticas de justicia restauradora tienen el potencial de entregar una mejor clase de justicia de la que existe en la actualidad. En lo que respecta a las diferencias culturales y étnico/raciales, el potencial existe en la apertura del proceso hacia distintas sensibilidades culturales y a la preocupación por las relaciones de desigualdad (ver La Prairie, 1995). Tiene el potencial de promover una 'visión dialógica de la moralidad' comparada con la 'monológica voz de la ley' Hudson, 1998, tomado de Habermas, 1984, 1987). Pero ese potencial no puede ser asumido en abstracto o aprobando una nueva ley. Necesita ser un compromiso más amplio con las políticas raciales, de clase y culturales. Esto significa, en parte, que los operadores de los sistemas judiciales pertenecientes a los grupos mayoritarios y los ciudadanos deben comenzar a entender que la 'asimilación' de miembros de grupos minoritarios a un proceso dominado por blancos no es suficiente (o quizás tampoco aceptable) para crear un mejor sistema judicial. Actualmente, la idea de justicia restauradora, tal como es aplicada en Australia, proclama haberse inspirado en formas de justicia indígena; pero como Blagg (1997) sugiere, este tipo de apropiación 'Orientalista' podría resultar inclusive

en un nuevo “fracaso” de los pueblos Aborígenes para interpretar un guión sobre la justicia indígena escrito por blancos. Escribiendo desde el contexto Canadiense, LaPrairie (1999) argumenta que el potencial impacto positivo de la justicia restauradora (así como de otras alternativas) para pueblos indígenas no podrá realizarse a no ser que existan los recursos suficientes y que esos recursos estén atados al tipo de delitos (y delincuentes) que son más vulnerables al encarcelamiento. De otro modo, la justicia restauradora será un mero maquillaje mientras las desproporciones raciales en las tasas de encarcelación continúan.

Me he enfocado en gran parte en las relaciones de tipo étnico/raciales como un componente de la ‘diversidad’ y de la justicia restauradora, y lo he hecho porque la ‘raza’ es la relación social que recurrentemente politiza al crimen y a la justicia. Sin embargo, también enfatizaría la importancia de analizar raza y género juntos. Al hacerlo, podríamos preguntarnos ¿por qué los hombres Aborígenes caen mucho más en los sistemas de justicia criminal y juvenil que las mujeres Aborígenes? Esto es, ¿puede ser que el conflicto policía-jóvenes Aborígenes provenga tanto de relaciones de género como de raza? ¿Cómo trabajan las jerarquías de género en los grupos étnico/raciales, y cómo afecta esto la toma de decisiones en procesos legales informales como la justicia restauradora?

Los ciudadanos, los autores de políticas criminales, y los políticos frecuentemente preguntan: ¿está resultando la justicia restauradora? Y con esto ellos están pre-

guntando, ¿podrá ella reducir la reincidencia? Esta es una manera muy estrecha de juzgar una práctica de sistema judicial. Más bien deberíamos preguntarnos, ¿cuáles debieran ser los objetivos de una respuesta ‘justa’ al delito? ¿Debiera ser acaso el hacer menos daño? ¿El controlar o prevenir el delito? ¿La reducción del uso de la prisión como forma de castigo? ¿La promoción de otros ideales de justicia tales como tener “comunidades más seguras” o una “ciudadanía responsable”? La investigación sugiere que dentro de los marcos de la ley liberal, la justicia restauradora hace menos daño comparada con un proceso seguido ante una Corte, y que la gente considera al proceso más justo que lo que sucede respecto de la Corte. El que la justicia restauradora pueda o no alcanzar otros fines de justicia deseables, todavía no está claro.

Apéndice 1. Contrastes de Justicia

En literatura de abogacía se hacen dos contrastes: (a) entre justicia retributiva y restauradora y (b) entre justicia retributiva y rehabilitadora. Los proponentes a menudo caracterizan la justicia restauradora como una ‘tercera vía’, que trasciende la dicotomía de castigo (retributiva) y tratamiento (rehabilitadora), o los modelos de justicia (retributiva) y de bienestar (rehabilitadora). Tal como se sugiere en el texto, el contraste retributivo-restaurador no puede sostenerse empíricamente; aparentes diferencias filosóficas pueden ser aceptadas, y deberíamos tratar de imaginar tonos grises en lugar de reproducir realismos inflexibles, tales como formas de justicia ‘nueva’ y ‘antigua’ articuladas entre sí.

(a) Justicia Retributiva y Restauradora retributiva

el crimen es visto como un acto contra el estado

el crimen es un acto individual con responsabilidad individual

el ofensor es definido por deficits

las víctimas son periféricas al proceso

el objetivo es castigar el delito

se caracteriza por relaciones adversas entre las partes

'la comunidad' está representada por el estado; los miembros de la comunidad tienen un rol pasivo (o ninguno)

restauradora

el crimen es visto como un acto contra una persona o comunidad

el crimen tiene una dimensión de responsabilidad individual y social

el ofensor es definido por su capacidad de restaurar

las víctimas son centrales al proceso

el objetivo es reparar el daño causado

se caracteriza por diálogo y negociacion entre las partes

los miembros u organizaciones de la comunidad tienen un rol más activo

b) Justicia Retributiva y Rehabilitadora retributiva

se enfoca en el delito

castiga el delito

se enfoca en la culpa por conductas pasadas

rehabilitadora

se enfoca en el autor

trata al delincuente

se enfoca en cambiar conductas futuras

Elementos reunidos de Bazemore y Umbreit (1995), Van Ness y Strong (1997), Walgrave (1995), y Zehr (1990).

Notas finales

1. Doy mayor atención a los progresos y variaciones en Australia que en Nueva Zelanda.

2. Conferencias dirigidas por la policía aparecían en los primeros años (1991-95) de las conferencias en Australia, pero actualmente las conferencias dirigidas por la policía están presentes regularmente sólo en el TCA. El modelo de conferencia de Nueva Zelanda, que tiene tanto a un oficial de policía como a un coordinador de conferencia, es preferido en las Antípodas.

3. Los delincuentes juveniles de propiedad, de 15-16 años de edad, pueden ser derivados a un período de detención de 28 días mínimo o a un programa diversionario, que puede incluir conferencias, planes de entrenamiento laboral, programas de terapia familiar, programas al aire libre, entre otros. La legislatura, que contiene una enmienda al Acta de Justicia Juvenil, se hizo efectiva en Agosto de 1999. Ésta proporciona un medio de aliviar las presiones (organizativas y políticas) motivadas por las leyes que obligan a los sentenciadores en el Territorio del Norte.

4. Estos números han sido estimados o calculados de dos fuentes: resúmenes de investigación o informes estadísticos, y conversaciones con las personas correspondientes en jurisdicciones que no tienen datos publicados. Note que el número de personas referidas anualmente a conferencia es más alto que el número de conferencias realizadas porque el 10-12 por ciento de las conferencias involucran a más de un ofensor (usan-

do datos de Australia del Sur; Departamento del Fiscal General de Australia del Sur 1998:41). Note además que algunas personas reportan conferencias que fueron planificadas (pero no se realizaron) y otros informan solamente las conferencias efectuadas. Para Australia del Sur, el número de conferencias es proporcionado por el informe del Departamento del Fiscal General de Australia del Sur (1998 :41). En Australia Occidental no se han recogido estadísticas confiables, pero Bill Williamson (comunicación personal, Noviembre 1998) estima que de los 2806 jóvenes referidos a conferencia en el año fiscal 1998 en Perth metropolitano, 84 por ciento fue aceptado para conferencia, y de estos 60 a 70 por ciento tuvieron conferencias 'completas'. Esto significa 1410-1650 personas y un número menor (estimado en 1235-1435) de conferencias anuales, aunque un tercio de éstas son por ofensas en conducción (comunicación personal durante una reunión con tres miembros de los Equipos de Justicia Juvenil, Octubre 1999). Para el TCA, no hay datos confiables recogidos, pero Jeff Knight (comunicación personal, Febrero 1999) dijo que 200 a 250 es un buen rango anual de conferencias realizadas por ofensas no de conducción alcohólicas. En Queensland, los números fueron obtenidos de Gerard Palk (comunicación personal, Julio 1999). En Victoria, durante 1995-97, hubo en promedio 20 conferencias efectuadas por año en Fase 1, pero un mayor número en Fase 2 (19 en 6 meses) (Markiewicz 1997: 3, 47); la meta es tener 40 por año. Para Nueva Zelanda los números son reportados por el Departamento de Bienestar Social: en el año fiscal 1997 hubo 6618 conferencias de jus-

ticia juvenil informadas; hubo 5851 en 1990 (comunicación personal, Allison Morris).

5. Al presentar la investigación, mantengo el uso diferente de los investigadores de los términos 'joven' y 'autor' al referirme a delinquentes adolescentes.

6. El documento, un informe de entrega a los medios, establece 'Dentro de los próximos tres años se gastarán \$17.7 millones en cuatro prisiones para jóvenes ... Tres nuevas unidades están planificadas (en otras ciudades o pueblos'. (Gobierno de Nueva Zelanda, 1999). En el discurso de apertura del Primer Ministro Shipley al Parlamento en Febrero 1999, la justificación dada para estas nuevas prisiones juveniles era la siguiente: 'Existe un número de jóvenes delinquentes severos en nuestras comunidades que necesitan ser encarcelados ...(pero) la cárcel se convierte en una vía rápida a vidas de crímenes más graves... o más trágicamente... jóvenes encarcelados ... han tomado sus propias vidas' (Discurso del Primer Ministro de Nueva Zelanda, 1999). Estas prisiones juveniles están dirigidas a un grupo de mayor edad de 'jóvenes', los de 17 a 20 años, que están corrientemente encarcelados en instalaciones para adultos.

7. Inadvertidamente a través del informe aparecen estos hechos de la actividad policial y las relaciones Aborígenes:

(1) la porción substantivamente mayor de Jóvenes Aborígenes que están bajo la policía rural (donde todo joven puede estar en mayor riesgo de ser 'sobre-vigilado' o detenido o por materias triviales comparados con las áreas metropolitanas) y (2) el rol de con-

tactos previos con la policía (una compleja mezcla de 'verdadera' reincidencia y ampliación del sistema) y cómo esto afecta a las derivaciones al Tribunal. Estos son elementos cruciales al explicar la sobre representación de Aborígenes en el sistema (Cuneen y McDonald, 1996).

8. Usando datos sobre cifras de adultos encarcelados hasta Junio 1993 (Cuneen y McDonald, 1998: 26), las mujeres Aborígenes son 16 veces más susceptibles de ser encarceladas que las mujeres no-Aborígenes, y los hombres Aborígenes más de 14 veces más susceptibles de ser encarcelados que los hombres no-Aborígenes. Estas proporciones reflejan diferencias de 'raza' dentro de grupos de género. Sin embargo, las diferencias de género dentro de los grupos de 'raza' son aun más altas: en el pueblo Aborigen, los hombres son 18 veces más susceptibles de ser encarcelados que las mujeres; para la gente no-Aborigen, los hombres son 21 veces más posibles de ser encarcelados que las mujeres. Por lo tanto, una queja general por 'sobre representación Aborigen' es insuficiente: ella debe ser relacionada también con 'sobre representación' masculina.

«¿HACIA UNA ARMONIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EUROPA?»

Guillermo Palao Moreno¹

1.- La Mediación Familiar en Europa: un sector maduro para la aproximación legislativa

La Mediación Familiar constituye una alternativa para la gestión de los conflictos familiares relativamente reciente o novedosa en el continente europeo. Sobre todo si la comparamos con la larga experiencia atesorada en la materia por otros países del continente americano, como es el caso de la pionera Estados Unidos desde los años 60. En efecto, no ha sido hasta los años 80 cuando la práctica de la Mediación Familiar ha sido acogida en distintos países europeos, debiendo esperar a la década de los 90 para encontrarnos con las primeras experiencias legislativas conducentes a dotar a este fenómeno de un marco jurídico adecuado. A este respecto destacan las desarrolladas en señalados países como ha sucedido en Alemania, Francia, Inglaterra o Italia. Iniciativas que, sin embargo, no han sido continuadas por posteriores desarrollos multilaterales, por lo que en la actualidad carecemos de un marco jurídico uniforme en la materia en Europa.

No obstante, y a pesar de su "juventud", considero que nos encontramos actualmente en un buen momento para plantearnos una aproximación legislativa de esta

figura en Europa. Una ordenación viable y aconsejable que, en mi opinión y como explicaré más adelante, no debería pretender una uniformización absoluta de los diferentes ordenamientos estatales en la materia y que, asimismo, debería prestar especial atención a los supuestos de Mediación Familiar que poseen un carácter transfronterizo. Los cuales, por el hecho de la consolidación de las libertades comunitarias -en especial la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad Europea- y la intensificación del fenómeno migratorio, se están multiplicando en el viejo continente.

En esta línea, considero que esta idea se encuentra avalada, no sólo por los beneficios que el empleo de fórmulas "autocompositivas" reporta a las relaciones de familia, sino también, entre otros, por los siguientes hechos:

1) En primer lugar, por la creciente e importante acogida que este mecanismo de resolución de las controversias familiares está teniendo en los distintos países europeos, ante el incremento de los conflictos de familia en las sociedades occidentales (WALKER). Una llamativa aceptación, enmarcada en un movimiento global tendente a facilitar el acceso a la justicia de los particulares (BARONA VILAR, CAPPELLETTI,) que ha traído consigo un significativo cambio en la mentalidad y for-

¹Profesor titulado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia, España.

ma de aproximarse a este tipo de situaciones. Y ello, al ofrecer un mecanismo pacífico de resolución los conflictos de familia, enmarcado en la cultura de la transacción y del pacto, donde las partes son los verdaderos protagonistas del resultado.

Elementos que, sin lugar a dudas, garantizan la reducción de la intensidad de los conflictos familiares, así como un alto nivel en la colaboración entre las partes implicadas que redundan en el cumplimiento pacífico y en la duración de "su" acuerdo, siendo beneficioso no sólo para las mismas partes implicadas -y en particular para los hijos-, sino también para el propio Estado -al reducir el nivel de conflictividad social y aliviar la sobrecarga de la Justicia- (BABU, BARONA VILAR, CRETNEY y MASSON, FILION, GREIF, MEJÍAS GÓMEZ, RENCHON, RIPOL-MILLET, SINGER, TENA PIAZUELO, TORRERO MUÑOZ).

2) En segundo lugar, y reflejo de lo anterior, por el hecho de que numerosos Estados cuentan ya con un marco normativo *ad hoc*, encontrándose en la actualidad otros en proceso de elaboración del suyo propio -como es el caso de distintas comunidades autónomas españolas- (BARONA VILAR, MARTÍN CASALS, RIPOL-MILLET, VILLAGRASA ALCAIDE y VALLRIUS). Un dato que ha permitido que se produzca durante los últimos años una cierta discusión en la ciencia jurídica europea al respecto y que, a su vez, ha tolerado contrastar los resultados alcanzados en la práctica con respecto a las distintas experiencias legislativas estatales. Elementos

que, en definitiva, han propiciado un proceso de maduración de la institución durante las últimas 2 décadas y que permite avanzar la conveniencia de aproximar las legislaciones europeas en la materia, para evitar los inconvenientes y limitaciones que se pueden derivar de una actuación aislada de los Estados en este sector.

3) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anteriormente expuesto, sobresale el decisivo espaldarazo que supone para la Mediación Familiar, la atención que se le ha prestado desde distintas organizaciones internacionales de ámbito europeo -señaladamente el Consejo de Europa y la propia Comunidad Europea-, en vistas a su armonización legislativa desde una perspectiva multilateral. Iniciativas que, no sólo son susceptibles de propiciar una superación de las barreras que impone la disparidad legislativa en la materia -como consecuencia de actuación individualizada de los distintos países europeos-, sino que igualmente solventarán las restricciones existentes en las propuestas estatales a la hora de atender a este fenómeno con repercusiones crecientemente transfronterizas en Europa.

2.- La labor desarrollada por el Consejo de Europa: la Recomendación No. R (98) 1, sobre Mediación Familiar.

Desde una perspectiva europea la Recomendación del Consejo de Europa No. R (98) 1, sobre Mediación Familiar (Council of Europe, *Texts of Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to member States on Family Mediation and its Explanatory Memorandum*, DIR/JUR (98)

4) adoptado por el Comité de Ministros el 21 de enero de 1998, constituye una primera y fundamental aproximación a la temática analizada. En este sentido, y a pesar de no contar con un carácter obligatorio para los Estados miembros del Consejo de Europa, esta importante iniciativa destaca por constituir una inicial y profunda reflexión de la problemática jurídica que plantea la práctica de la Mediación Familiar en Europa, siendo un elemento esencial para orientar en el futuro a los distintos países en su labor de establecimiento de un régimen jurídico propio para cada uno de ellos, como un primer paso para el desarrollo de un marco común para todos ellos en el continente europeo.

Junto a su carácter pionero, son muchos e interesantes los aspectos contenidos en la mencionada Recomendación, sobresaliendo de entre ellos los siguientes que paso a comentar:

1) Para empezar, la Recomendación del Consejo de Europa resalta la importancia que está adquiriendo el empleo de la Mediación Familiar ante el aumento de las disputas familiares en las sociedades occidentales, aconsejando su empleo -frente al recurso a los tribunales ordinarios- para los Estados miembros del Consejo de Europa (WALKER). Una apuesta por la gestión de los conflictos familiares por mecanismos distintos de aquellos más tradicionales de carácter "adversarial" -aunque no excluyente sino complementaria-, que está llamada a jugar un importante papel con respecto a cuestiones tales como: la reducción de los costes -sociales, económicos y emociona-

les- que implica una concepción "jurisdiccionalista" de esta problemática, así como una verdadera solución de los conflictos familiares -incrementados, en ocasiones, por el hecho de acudir a mecanismos de naturaleza jurisdiccional- por medio de un procedimiento flexible que no sólo garantice la privacidad, sino que también propicie la continuidad de las relaciones de familia tras la ruptura de la pareja (BERNAL SAMPER, ESCRIVÁ IVARS, MEJÍAS GÓMEZ, SEIJAS QUINTANA, RICHARDS. Parcialmente en contra, GUILARTE GUTIERREZ).

2) Junto a ello, sobresale de la Recomendación No. R (98) 1, el establecimiento de una serie de principios -ya empleados en la mayor parte de los Estados europeos y fácilmente asumibles por aquellos países que aún no cuentan con una normativa al respecto- que, sin lugar a dudas, deberían ser tomados en consideración en cualquier iniciativa legislativa futura en la materia.

a) De este modo, para empezar, en la misma se aconseja que se establezcan en los ordenamientos estatales mecanismos legales necesarios que favorezcan el acceso a este mecanismo de resolución de controversias, aunque persuadiendo de su carácter voluntario y no obligatorio, en todo caso (BARONA VILAR, JORDÁN VILLACAMAPA).

b) Además de ello, en la Recomendación del Consejo de Europa se dispone que, durante el proceso de Mediación Familiar, deberían presidir la actuación del mediador una serie de principios al condu-

cir el conflicto que se le presenta (BABU, BARONA VILAR, ESCRIVÁ IVARS, PARKINSON). Así, por una parte, el mediador familiar debería actuar con imparcialidad durante las distintas sesiones que compongan el proceso de mediación, así como con neutralidad frente al resultado -el cual dependerá en exclusiva del deseo de los contendientes-, procurando el respeto del equilibrio negociador de las partes, sobre todo cuando ha habido violencia previa en la familia. Por otra parte, esta persona ha de proveer de suficiente información a las partes -lo que, en ningún caso, supone su asesoramiento jurídico-, al igual que defender la privacidad y la confidencialidad del proceso, atender prioritariamente al interés de los menores afectados, así como tendrá que abstenerse en asistir legalmente a las partes -pudiendo recomendar que, por su parte, los contendientes sean asistidos por profesionales.

3) Por otro lado, en la Recomendación de 1998 se aconseja que, junto a facilitar un acceso voluntario a la Mediación Familiar, los Estados deben regular su organización -ya sea vinculando la práctica de la Mediación Familiar al sector público, al privado o a ambos-, así como disponer de mecanismos que prevean la habilitación de determinados profesionales que accedan a la prestación de este tipo de servicios en las mejores condiciones (BARONA VILAR, MARTÍN CASALS). A este respecto, se destaca la necesidad de establecer procedimientos de selección, formación y cualificación de los mismos para garantizar los mejores resultados en la gestión de conflictos de una naturaleza tan compleja como los

que se suscitan en el ámbito familiar -y de manera especial cuando el conflicto posea una naturaleza transfronteriza. Junto a ello, y también vinculado al inicio del proceso de Mediación, el Consejo de Europa se refiere a la especial atención que merece el contrato de mediación -acuerdo en virtud del cual dará comienzo la Mediación Familiar-, debiendo establecer los Estados mecanismos que garanticen su eficacia.

4) Uno de los aspectos más significativos, desde el punto de vista jurídico, lo componen las referencias que la Recomendación realiza acerca del proceso de Mediación Familiar. En este sentido destaca, junto al establecimiento -antes expuesto- de los principios que deben informar al mismo, la necesidad de que los Estados dispongan los cauces pertinentes que posibiliten la homologación judicial del acuerdo de mediación -también conocido como acta final de la mediación- alcanzado entre los contendientes incluso de forma parcial y no global con respecto a todos los aspectos del conflicto familiar (LLOYD).

Con relación a ello posee una especial importancia la necesidad de regular con claridad las relaciones que deben existir entre el proceso de mediación y la autoridad judicial (FARINHA). Vinculación que debe estar presidida por la más absoluta autonomía entre ambos mecanismos de resoluciones de las controversias -pudiendo optar las partes por cualquiera de ellos-, como punto de partida, pero que necesariamente se encontrarán en ciertos momentos decisivos -como son la adopción de medidas urgentes o provisionales, así como la

homologación del acuerdo de mediación por la autoridad judicial- y que exigirán la cooperación entre ambos (ALMAGRO NOSETE, GUILLAUME-HOFNUNG). Una colaboración que se podrá dar: con anterioridad al inicio de la actuación del juez -y, por tanto, al margen del mismo-, durante el procedimiento judicial -pudiendo paralizarlo para proceder a la Mediación- o con posterioridad de la actuación judicial -con el objeto de facilitar la gestión de las relaciones familiares con posterioridad de dictarse la sentencia judicial, adaptándolas a las nuevas circunstancias que pudieran surgir tras ella sin necesidad de acudir de nuevo al juez para modificar dicha decisión.

5) Por último, hay que subrayar la atención que dedica de manera especial, a aquellos complejos supuestos teñidos de una naturaleza internacional, en los que se plantea un proceso de Mediación Familiar. Sobre este particular, la Recomendación aconseja vivamente el empleo de este mecanismo para aquellos conflictos que posean dicho carácter en general -contemplando incluso la posibilidad de que las partes escojan el país donde acudir a los servicios de Mediación- y fundamentalmente aquellos en los que se trate de gestionar la custodia y derechos de visita cuando los padres viven en diferentes Estados. Sobre todo en aquellas situaciones en las que pudieran surgir problemas a la hora de reconocer decisiones extranjeras en materia de guardia y custodia o derechos de visita. Y ello, salvo en los supuestos en los que se haya procedido a un traslado ilícito de un menor siendo recomendable, en tales casos, acudir a los Convenios internacionales diseñados para

atender a los mismos (DZIALUK). Igualmente, la Recomendación estima que la Mediación Familiar constituye un mecanismo útil para atender a las situaciones en las que se producen modificaciones en las circunstancias que rodean a los padres con posterioridad a una resolución judicial -como sería el hecho de que el padre que ostenta la custodia tuviera que residir en un país distinto de donde venía haciéndolo dificultando el acceso del otro progenitor a los hijos-, con el objeto de adaptar a las nuevas condiciones y reorganizar pacíficamente las relaciones.

3.- Las posibilidades existentes en el actual marco comunitario europeo para la Mediación Familiar.

El Derecho de familia ha recibido un trato insuficiente, sino inexistente, por parte de la Comunidad Europea hasta fechas recientes. Esta inactividad, se justificaba por el hecho de que el objetivo primordial de esta organización internacional ha sido, fundamentalmente, la creación de un Mercado Único de bienes, servicios y capitales no entrando las relaciones de familia en su ámbito material de actuación. Esta actitud, tildada por algunos de "mezquina" con razón, ha dado un importante giro tras la aprobación del Tratado de Amsterdam en 1997, por el que se modifica -entre otros- el Tratado de la Comunidad Europea. De esta reforma destaca, por lo que a nosotros respecta, la introducción en este Tratado de un Título IV denominado "*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*", por medio del cual se "comunitariza" la coopera-

ción judicial en materia civil entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y deja de tener un tratamiento intergubernamental.

En definitiva, de esta breve aproximación destaca el hecho que la Comunidad se ha dotado recientemente de la competencia necesaria para ordenar, en determinados supuestos, las -crecientes en número- relaciones de familia que se produzcan en el interior de la misma -lo que ha permitido a algunos autores preguntarse sobre la posible elaboración de un "Derecho europeo de familia"-, movida por favorecer la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad Europea (MARTINY). De esta forma, a partir del año 1997, el Derecho de familia es susceptible de regulación por parte de la Comunidad Europea, en virtud del tenor del artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea (tras la modificación operada por el de Amsterdam), afectando esta competencia igualmente a la materia que nos ocupa. Así, el citado precepto admite que la Comunidad adopte las medidas que considere adecuadas en el "*ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza*", "*en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*". Acciones entre las que se pueden encontrar:

"a) mejorar y simplificar:...el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;" o

"b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Esta-

dos miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción".

En mi opinión este precepto, al margen de la importancia que posee en general para los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Comunidad, es susceptible de afectar directamente a la ordenación de la Mediación Familiar por parte de la Comunidad Europea, posibilitando la aproximación legislativa de esta figura en su seno. En este sentido, no es sorprendente que esta Organización Internacional haya incluido, entre las medidas a adoptar en los cinco años posteriores a la entrada en vigor del Tratado (de Amsterdam), en el ámbito de la "*cooperación judicial en materia civil*" (*Plan de acción del Consejo y de la Comisión, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, D.O.C.E. núm. C 19, de 23 de enero de 1999*), el

"Estudio de la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales".

Llegando incluso a plantearse:

"la posibilidad de mediación para resolución de conflictos familiares".

Sin duda esta previsión posee una importancia de primer orden, pudiendo aventurar una acción legislativa que abre interesantes perspectivas para la ordenación

de la Mediación Familiar en el interior de la Comunidad Europea. Una alternativa que encuentro viable y altamente positiva.

4.- Propuestas para la ordenación de la Mediación Familiar en Europa.

De lo visto hasta el momento se puede deducir el interés, conveniencia y viabilidad que existe en la actualidad en dotar a la Mediación Familiar de un marco jurídico armonizado en Europa, siendo la Comunidad Europea una sede privilegiada para llevar a cabo dicha labor. Por ello, entiendo que el camino iniciado por el Consejo de Europa —y siempre tomando en consideración el importante trabajo elaborado por esta Organización Internacional— debería ser continuado por la Comunidad Europea. Una aproximación legislativa que debería realizarse de forma coordinada con la previsible elaboración por parte de los Estados miembros de sus propias respuestas estatales. En este sentido, y teniendo presente que a la iniciativa comunitaria puede seguir una actuación legislativa de las instituciones comunitarias, me permito realizar las siguientes propuestas de *lege ferenda*:

1) Para empezar, el posible texto que emanara de las instituciones comunitarias en la materia debería tomar en consideración otras iniciativas internacionales existentes en materia de Derecho de familia y, desde la óptica del legislador comunitario, fundamentalmente aquellas ya existentes o previstas que incidieran en la ordenación de la Mediación Familiar. Muchas de las cuales ya obligan a los Estados miembros de la Comunidad Europea, tal y como es el caso

de las normas que, con un ámbito universal o regional, se ocuparan de los distintos aspectos que pueden ser objeto de acuerdo en un proceso de Mediación Familiar entre las partes: las relaciones paterno-filiales, el régimen de guarda y custodia y el de visitas, la protección de los menores, la disolución del régimen económico conyugal y el régimen de alimentos. En esta línea destacan, junto a la trascendental y abundante labor desarrollada por organizaciones como el Consejo de Europa o la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, la propia actividad comunitaria en la materia.

En esta línea y por lo que hace a la actividad desplegada por la Comunidad Europea, cabe subrayar la incidencia que puede tener el reciente Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (D.O.C.E. L 160, de 30 de junio de 2000, pp. 19 y ss.). Ya que, en virtud de su artículo 1.2, se prevé la equiparación entre los procedimientos judiciales en materia de disolución matrimonial con otro tipo de decisiones no jurisdiccionales como serían:

“los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros”,

Pudiendo tratarse los procesos de Mediación Familiar de uno de estos procedimientos, si en dicho Estado se contemplara dicha equivalencia, entrando esta figura en su ámbito de aplicación. Con lo que las pre-

visiones relativas a extremos tales como: el reconocimiento de decisiones relativas a la Mediación Familiar en otro Estado parte (artículos 14 y siguientes del Reglamento), la litispendencia (artículo 11 del Reglamento) o el establecimiento de medidas cautelares en un procedimiento de Mediación Familiar con elementos extranjeros (artículo 12 del Reglamento), se extendería también a los procedimientos de Mediación Familiar —con un carácter administrativo principalmente— que los Estados parte contemplaran y equipararan a los judiciales.

2) Junto a ello, considero que la aproximación legislativa recomendada debería ser de mínimos —conforme al principio de subsidiariedad comunitario y el respeto de la identidad cultural de los ordenamientos jurídicos estatales—, permitiendo que los Estados miembros conserven las especialidades que les son propias o adapten esta institución a sus ordenamientos estatales respectivos. En este sentido, aunque pudiera resultar compleja una unificación total de la figura, sí que se debería contemplar la aproximación legislativa de determinados extremos:

a) En primer lugar, consideraría necesaria la inclusión de unos principios comunes a todos los Estados en materia de Mediación Familiar. A este respecto, estimo que los principios establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de 1998 —a los cuales me he referido con anterioridad— se encuentran lo suficientemente extendidos entre los ordenamientos de los Estados miembros, como para que no haya de plantear problemas su asunción por los

mismos.

b) A esta incorporación debería acompañar, en mi opinión, una aproximación legislativa con respecto a ciertos aspectos que deberían ser comunes a todos los Estados miembros. Tal y como es el caso del régimen jurídico de los contratos de Mediación Familiar —su naturaleza jurídica, sus elementos, su contenido y la forma del mismo— (ESCRIVÁ IVARS, ORTEMBERG, ORTUÑO MUÑOZ, TORRERO MUÑOZ) y el acuerdo de mediación familiar —su naturaleza jurídica, sus elementos, su contenido, su forma y sus efectos— (ORTUÑO MUÑOZ, TORRERO MUÑOZ). Pudiendo incluso incorporarse modelos y formularios plurilingües al respecto, que faciliten su utilización y su circulación entre los distintos Estados.

3) Por otro lado, estimo que se podría reservar a los Estados la regulación de otros aspectos de la Mediación Familiar, aunque estableciéndose ciertas líneas directrices o recomendaciones mínimas para evitar una disparidad legislativa excesiva, así como recomendando su coordinación:

a) En primer lugar, los Estados podrían concretar el ámbito de la Mediación Familiar, regulando a qué tipo de conflictos familiares va dirigida —global o parcial— y los tipos de mediación admitidos —simple o co-mediación. Eso sí, también sería aconsejable que ofrecieran una postura suficientemente amplia que permitiera la circulación de decisiones entre los distintos Estados, así como sería preferible que tuviera un ámbito global en aquellos supuestos que tuvieran

una naturaleza internacional (WALKER).

b) Igualmente, en segundo lugar, cada Estado ordenaría individualmente aspectos de especial importancia como son las exigencias de carácter formativo previo y aquellas relativas a la obtención de la titulación, por medio de la cual la Administración habilitara a una persona para actuar como mediador familiar. Este es un aspecto de especial interés (BARONA VILAR, MARTÍN CASALS), sobre todo cuando el mediador vaya a actuar en mediaciones con un carácter transfronterizo (WALKER), siendo una materia en la que los Estados europeos deberían coordinarse de forma mínima.

c) En tercer lugar, también los Estados se encargarían de diseñar la organización de la Mediación Familiar y la regulación del proceso de Mediación, aunque sería recomendable que su desarrollo fuera de la sede judicial (SEIJAS QUINTANA). Sin embargo, por un lado se debería exigir para todos los Estados que respetaran el carácter voluntario que debe presidir el recurso a la Mediación en todo caso (BARONA VILAR, GUILARTE GUTIÉRREZ, JORDÁN VILLACAMPA, MARTÍN CASALS, VILLAGRASA ALCAIDE y VALL RIUS, WALKER. Parcialmente en contra, MEJÍAS GÓMEZ y ORTUÑO MUÑOZ). Así como, por otro lado, se habría de invitar a que los Estados incorporaran mecanismos que facilitasen la coordinación entre la actuación del organismo encargado de la Mediación y la autoridad judicial —previamente, durante y con posterioridad de la actuación judicial—, destacando el hecho de que el ordenamen-

to ha de permitir la homologación judicial de los acuerdos de Mediación Familiar que se alcancen (FARINHA).

4) Por último, la aproximación legislativa a la que estoy haciendo referencia debería alcanzar a determinados aspectos relativos a la Mediación Familiar en aquellas situaciones con un carácter internacional. Unos supuestos, normalmente vinculados a situaciones de ruptura matrimonial, cada vez más frecuentes por la fuerte internacionalización de las relaciones de familia que se manifiesta en los Estados comunitarios por efecto de los movimientos migratorios, que los Estados no pueden ordenar adecuadamente por sí solos (WALKER).

a) Con relación a ello, y junto a la necesaria coordinación con otros textos internacionales que se ocupen de materias afines o vinculadas a la Mediación Familiar —como ya he apuntado previamente— habría de contemplarse la accesibilidad de los extranjeros a este tipo de mecanismos con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva a todas las personas nacionales o extranjeras. Vinculado a esta cuestión se encontraría, igualmente, la conveniencia de que se contemplara el creciente carácter multicultural que están adquiriendo las sociedades europeas para la gestión de este tipo de conflictos teñidos de un lato componente de “particularismo” (BUCHER, DÉPREZ, JIMÉNEZ y MAAMMAR, SÁNCHEZ LORENZO)

b) Además, estimaría conveniente que se otorgue la mayor amplitud posible a

las partes para la ordenación de sus acuerdos de mediación, permitiendo un amplio juego de la autonomía de la voluntad –material y conflictual–, en línea con el importante papel que está desempeñando en la actualidad la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones de familia –tanto internas como internacionales– (CARLIER, GANNAGÉ, JAYME, SÁNCHEZ LORENZO, SEIJAS QUINTANA, VON OBERBECK). Así, las partes no sólo estarían habilitadas para acudir a las instituciones de Mediación Familiar del Estado que estimaran más apropiado –ya sea porque estiman que sus intereses serán mejor atendidos, el procedimiento responda mejor a sus expectativas o se trate de un territorio neutral para los contendientes– (como señala la Recomendación de 1998), sino que también construirían su acuerdo según sus deseos –desde una perspectiva material–, así como acudirían al ordenamiento estatal que eligieran –desde un punto de vista conflictual.

Dicha amplitud, sin embargo, habría de verse limitada por el carácter indisponible que poseen ciertas materias para las partes en los conflictos de familia, como serían todas aquellas que atienden a proteger el interés supremo del menor, aplicable tanto en situaciones de naturaleza interna como internacional –interés sancionado desde una perspectiva internacional en textos como la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 1989–. Además, se debería prever una respuesta conflictual para aquellas situaciones en las que los contendientes no eligieran un ordenamiento aplicable que, en mi opinión, debería encontrar-

se vinculada a las soluciones contempladas para la regulación de las disoluciones matrimoniales de carácter heterogéneo.

c) Otro aspecto de gran interés que debería contemplar la iniciativa comunitaria, sería el reforzamiento de los instrumentos de cooperación que ha de existir entre las autoridades estatales encargadas de gestionar la Mediación Familiar. En este sentido hay que destacar la especial necesidad de colaboración entre las mencionadas entidades –facilitadas por las nuevas tecnologías–, en aquellos conflictos de familia en los que se encuentre presente un elemento de extranjería (BUCHER). Debido a las dificultades que generaría en su gestión si los contendientes se encontraran residiendo en distintos Estados. Una cooperación que debería promover la comunicación e intercambio de información de tales organismos y que debería partir de textos como el recientemente aprobado Reglamento (CE) núm. 1248/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*D.O.C.E.* L 160, de 30 de junio de 2000, pp. 37 y ss.).

d) Para finalizar, considero que igualmente debería incluirse provisiones relativas a facilitar la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación familiar alcanzados en otro Estado (WALKER), e incluso para las medidas provisionales adoptadas por otras autoridades extranjeras (FARINHA). Se trataría, por tanto, de dotar de un marco apto para el reconocimiento y ejecución de tales acuerdos, así como faci-

litar su circulación en el interior de los Estados miembros y su acceso a los respectivos Registros Civiles estatales. Y ello, en consonancia con el objetivo último de garantizar la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad Europea.

Bibliografía

- BABU, A., "La médiation familiale ou la "rupture sans perdant", en AA.VV., *La médiation...*, op.cit., pp. 199 y ss.

- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflicto. "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho procesal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

- BERNALSAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Colex, 1998.

- BUCHER, A., "La famille en droit international privé", *R. des C.* 2000 (283), pp. 9 y ss.

- CAPPELLETTI, M., "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *M.L.R.* 1993, pp. 282 y ss.

- CARLIER, J-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Brusclas, Bruylant, 1992.

- CRETNEY, S.M. y MASSON, J.M., *Principles of Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997.

- DÉPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques", *R. des C.* 1988-IV, pp. 9 y ss.

- DZIALUK, I., "General Report", en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, op.cit., pp. 113 y ss.

- ESCRIVÁ IVARS, J., "Aproximación al estudio de la mediación familiar como fórmula alternativa de resolución de conflictos", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Castellón, Diputación de Castellón, 1999, T. I, pp.291 y ss.

- FARINHA, A., "Relationship between Family Mediation and legal proceedings", en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, op.cit., pp. 69 y ss.

- FILION, L., "Les pluies acides, les nuages gris et le ciel bleu de la médiation familiale", en AA.VV., *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits*, Zurich, Schulthess, 1992, pp. 23 y ss.

- GANNAGÉ, P., "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev.crit.dr.internat.privé* 1992, pp. 425 y ss.

- GIMÉNEZ, C. y MAAMMAR, F., "Mediación Familiar en contextos multiculturales", en AA.VV., *Congreso Internacional de Mediación Familiar celebrado en Barcelona en octubre de 1999*, Pamplona, Aranzadi, pp. 257 y ss.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, "La mediación familiar: panacea cuestionable", *Revista de Derecho de Familia* 2000, n° 6, pp. 29 y ss.

- GUILLAUME-HOFNUNG, M., *La médiation*, París, P.U.F., 1995.

- GREIF, J., "Conciliación, mediación, arbitraje como formas alternativas de solucionar conflictos de familia", *Revista uruguaya de Derecho procesal* 1995, pp. 43 y ss.

- JAYME, E., "Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato", *Riv.dir.int.pr.proc.* 1993, pp. 295 y ss.

- JAYME, E., "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *R. des C.* 2000 (282), pp. 9 y ss.

- JORDÁN VILLACAMPA, M^a L., "La mediación familiar: recurso voluntario u obligatorio", *Il diritto ecclesiastico* 1999, pp. 736 y ss.

- LLOYD, M., "The status of mediated agreements and their implementation", en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, op.cit., pp. 87 y ss.

- MARTÍN CASALS, M., "La

mediación familiar en Derecho comparado: principios y clases de mediación familiar en el Derecho europeo (Inglaterra, Francia y la Recomendación (98) 1), en AA.VV., *Congreso Internacional de Mediación Familiar...*, op.cit., pp. 7 y ss.

- MARTINY, D., "Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?", en AA.VV., *Towards a European Civil Code*, La Haya y otros, Kluwer, 1998 (2ª ed.), pp. 151 y ss.

- MEJÍAS GÓMEZ, J.F., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos", en ESCRIBANO MORA, F., *Evitación del proceso*, Madrid, C.G.P.J., 1997, pp. 299 y ss.

- ORTEMBERG, O.D., *Mediación familiar: Aspectos jurídicos y prácticos*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

- ORTUÑO MUÑOZ, "La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)", *Revista de Derecho de Familia* 2000, n° 7, pp.43 y ss.

- PARKINSON, L., "Techniques de la médiation familiale", AA.VV., *La médiation...*, op.cit., pp. 251 y ss.

- RENCHON, J-L., "La médiation familiale comme reponses aux impasses du traitement judiciaire de la séparation conjugale", en AA.VV., *La médiation...*, op.cit., pp. 287 y ss.

- RICHARDS, CH., "Family Mediation-The D Word, Family Conflict, Couples' Conflict and the Rest", *Family Law* 1999, pp. 836 y ss.

- RIPOL-MILLET, A., *Separació i divorci: la mediació familiar*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1994.

- SÁNCHEZ LORENZO, S., "Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* 1996, pp. 149 y ss,

- SEIJAS QUINTANA, J.A., Mediación. Jueces y leyes”, en AA.VV., *Congreso Internacional de Mediación...*, op.cit., pp. 100 y ss.

- SINGER, L.R., *Resolución de conflictos*, Barcelona, Paidós, 1996.

- TENA PIAZUELO, I., *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Centro de estudios registrales, 1999.

- TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 1999.

- TORRERO MUÑOZ, M., “La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”, *A.C.* nº 23, 5 al 11 de junio de 2000, pp. 857 y ss.

- VILLAGRASA ALCAIDE, C. y VALLRIUS, A.Mª., “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley* nº 5049, de 9 de mayo de 2000, pp. 1 y ss.

- VON OVERBECK, A.E., “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, en AA.VV., *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bruselas, Université catholique de Louvain, 1993, pp. 619 y ss.

- WALKER, J., “Introduction to Family Mediation in Europe and its special characteristics and advantages”, en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2000, pp. 21 y ss.

ANEXO

RECOMENDACIÓN N° R (98)1

DEL COMITÉ DE MINISTROS A LOS
ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA
MEDIACIÓN FAMILIAR

*(Aprobada por el Consejo de
Ministros el 21 de enero de 1998, a partir
de la 616 reunión de los Delegados de los
Ministros)*

1.- El Comité de Ministros, visto el artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa;

2.- Reconociendo el número creciente de conflictos familiares, particularmente los que resultan de una separación o divorcio, y haciendo notar las consecuencias perjudiciales de los conflictos para las familias y el coste social y económico expuesto por los estados;

3.- Considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, consagrado en los tratados internacionales, teniendo en cuenta notablemente, los problemas que entraña, en materia de guarda y derecho de visitas, una separación o un divorcio;

4.- Teniendo en cuenta el desarrollo de vías de solución amistosa de los conflictos y el reconocimiento de la necesidad que existe de reducir los conflictos en interés de todos los miembros de la familia;

5.- Reconociendo las características

específicas de los conflictos familiares, a saber:

- El hecho de que los conflictos familiares implican a personas que, tienen relaciones interdependientes que continuarán en el tiempo

- El hecho de que los conflictos familiares surgen en un contexto emocional difícil que los agrava;

- El hecho de que la separación y el divorcio tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, especialmente sobre los niños;

6.- Remitiéndose a la Convención Europa sobre el ejercicio de los derechos de los niños, y en particular el artículo 13 de dicha Convención que trata de la puesta en funcionamiento de la mediación o de otros métodos de resolución de conflictos relativos a los niños;

7.- Teniendo en cuenta los resultados de la búsqueda en lo concerniente al uso de la mediación y de las experiencias constituidos en este tema en distintos países, que evidencian que recurrir a la mediación familiar puede, si llega el caso:

- Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia;

- Reducir los conflictos entre las partes en litigio;

- Dar lugar a acuerdos amistosos;

- Asegurar la continuidad de las

relaciones personales entre padres e hijos;

- Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados;

- Reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos;

8.-Subrayando la internacionalización creciente de las relaciones familiares y los problemas específicos asociados a este fenómeno;

9.- Conscientes del hecho de que un cierto número de Estados tienen en perspectiva la puesta en funcionamiento de la mediación familiar;

10. Convencidos de la necesidad de recurrir más a la mediación familiar, proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes,

11.- Recomendamos a los gobiernos de los Estados miembros:

I.- instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente;

II.- adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios siguientes para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares.

PRINCIPIOS SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

I.- Campo de aplicación de la mediación

a.- La mediación familiar trata de los conflictos que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, que estén unidos por lazos de sangre o matrimonio, y entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares, semejantes a las determinadas por la legislación nacional.

b.- Sin embargo los Estados son libres de determinar cuáles son las cuestiones o los casos cubiertos por la mediación familiar.

II.- Organización de la mediación

a.- La mediación no debe, en principio, ser obligatoria.

b.- Los Estados son libres de organizar y poner en marcha la mediación de la forma que estimen apropiada, bien sea por la vía del sector público o del sector privado.

c.- Sin perjuicio de la forma en la que la mediación esté organizada y puesta en funcionamiento los Estados deberían velar para que existan mecanismos apropiados que aseguren su existencia:

- procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los mediadores,

- las normas de "buena práctica" que

deben ser elaboradas y seguidas por los mediadores.

III.- Procesos de mediación

Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarrolle conforme a los principios siguientes:

I.- el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes;

II.- el mediador es neutral respecto al resultado del proceso de mediación;

III.- el mediador respeta los puntos de vista de las partes y preserva su legalidad en la negociación;

IV.- el mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes;

V.- las condiciones en las cuales se desarrolla la mediación familiar deben garantizar el respeto a la vida privada;

VI.- las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el Derecho nacional;

VII.- el mediador debe, en los casos adecuados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de recurrir al consejo conyugal o a otras formas de consejo como modos de regular los problemas conyugales o familiares;

VIII.- el mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el

interés superior del niño debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y la necesidad que tienen de informarles y consultarles;

IX.- el mediador debe poner una atención particular a la cuestión de saber si ha tenido lugar entre las partes o es susceptible de producirse en el futuro, a los efectos que de puede tener sobre la situación de las partes en la negociación, y a examinar si, en estas circunstancias, el proceso de mediación es adecuado;

X.- el mediador puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado u otro profesional competente.

IV.- El estatuto de los acuerdos de mediación

Los Estados deben facilitar la aprobación de los acuerdos de mediación por la autoridad judicial u otra autoridad competente a la que las partes lo soliciten y facilitar los mecanismos de ejecución de estos acuerdos conforme a la legislación nacional.

V.- Relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial u otra autoridad competente

a.- Los Estados deberán reconocer la autonomía de la mediación y la posibilidad de que ésta haya tenido lugar antes, durante

o después de un proceso judicial;

b.- Los Estados deben establecer mecanismos con vistas a:

I. permitir la interrupción de los procesos judiciales pendientes a fin de instaurar la mediación;

II. asegurar que en este caso la autoridad judicial u otra entidad competente conserve el poder de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes o sus hijos, o su patrimonio;

III. informar a la autoridad judicial u otra autoridad competente de que las partes cumplen o no la mediación y si han llegado o no a un acuerdo;

VI.- Promoción y acceso a la mediación

a. Los Estados deben promover el desarrollo de la mediación familiar, especialmente por la vía de programas de información dispensados al público para permitir una mejor comprensión de este modo de acuerdo amistoso de litigios familiares.

b. Los Estados son libres de establecer métodos en los casos concretos para facilitar la información pertinente sobre la mediación como forma alternativa de arreglo de los conflictos familiares (por ejemplo estableciendo la obligación para las partes de buscar un mediador), permitiendo a las partes examinar si es posible y apropiado para ellas instaurar una mediación sobre las cuestiones que son objeto de litigio.

c. Los Estados deberán, igualmente esforzarse en adoptar las medidas necesarias para permitir a las partes el acceso a la mediación familiar, comprendiendo la mediación internacional, a fin de contribuir al desarrollo de esta forma de acuerdo amistoso de los conflictos familiares.

VII.- Otros modos de solución de los conflictos

Los Estados pueden examinar la oportunidad de aplicar de modo apropiado, a los otros modos de solución de los conflictos, los principios relativos a la mediación contemplados en la siguiente recomendación.

VIII.- Cuestiones internacionales

a. Los Estados deberán, cuando sea apropiado, analizar la oportunidad de poner en marcha mecanismos de mediación en los casos en que se presente un elemento de extrañeza, especialmente para todas las cuestiones concernientes a los niños, y en particular aquellas relativas a la guarda y al derecho a visita cuando los padres viven o van a vivir en Estados diferentes.

b. La mediación internacional debe ser considerada como un proceso apropiado para permitir a los padres organizar o reorganizar la guarda y el derecho a visita, o regular las discrepancias debidas a las decisiones sobre estas cuestiones. Sin embargo, en el caso de un desplazamiento sin derecho o de la retención de niño, la mediación internacional no debe utilizarse si ello supone riesgo de retrasar el retorno

rápido del niño.

c. Todos los principios expuestos son aplicables a la mediación internacional.

d. Los Estados deberán, en la medida de lo posible, promover la cooperación entre los servicios de mediación familiar existentes a fin de facilitar la utilización de la mediación internacional.

e. Teniendo en cuenta las características de la mediación internacional, los mediadores internacionales deberán tener una formación complementaria específica.

«LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EL SISTEMA PENAL DE NUEVA YORK»

James Goulding¹



Historia

El Programa de Resolución de Conflictos Comunitarios del Estado de Nueva York, fue creado mediante la aprobación de la Ley de 1981, Capítulo 847. El programa es un proyecto del Sistema Unificado de la Corte (Sistema Penal) del Estado.

Las normas del programa establecían contratos con agencias, sin ánimo de lucro, que financiaban el 50% del presupuesto. El otro 50% debía obtenerse por medio de otras fuentes. (En la ciudad de Nueva York el gobierno municipal aporta el otro 50%).

Los mediadores debían ser voluntarios, neutrales en su enfoque; su servicio sería *pro bono*, estando obligados a mantener la confidencialidad (protegido por ley).

La participación de las partes es voluntaria y el servicio de mediación comunitaria es sin ningún costo para los disputantes.

Cómo funciona la mediación en el Sistema Penal

Los Centros de Referencias de Conflictos de la Corte (CDRC), es una oficina del sistema penal.

Es a una oficina central de procesamiento de denuncias en cada condado de la ciudad a donde las partes son derivadas casi en su totalidad por la policía (80%); por otras agendas y por auto-referencias (20%). Aquí cada caso es analizado, buscando indicios de violencia doméstica y otros asuntos de naturaleza mas seria. Posibles acciones a tomar: referencias al Fiscal o a una oficina designada para recibir denuncias formales; a la policía para más investigación; otras cortes apropiadas designadas para problemas específicos; oficinas de mediación, agendas de consejería, etc. Actualmente, entre 35 - 40% de los casos están referidos a mediación.

Referencias por los jueces

Estos casos están derivados dependiendo de los factores en cada caso. Usualmente, estos casos son referidos al Centro de Referencias de Conflictos (CDRC), donde entrevistan a los denunciantes antes de enviarlos a Mediación (normalmente son casos de asalto de 3^{er} grado con relación previa entre los disputantes como en casos de Víctima - Imputado). Al terminar la mediación, mandamos una copia del acuerdo al juez, o si no hay acuerdo, un informe especificando dicha situación.

¹ El Sr. James Goulding es subdirector del Centro de Mediación "Safe Horizon" en la ciudad de Nueva York.

Tipos de conflictos manejados en mediación

A. Casos manejados por la Corte Criminal

1. Casos de no arresto:

(Explicación: La ciudad de Nueva York tiene cinco condados, y cada uno tiene su Corte Criminal, cada una con su Fiscal Distrital - pero hay solamente un departamento unificado de Policía refiriendo casos a las cortes específicas. Después de tomar un reporte formal, la policía refiere estos casos al Centro de Referencia de Conflictos de la Corte (CDRC), porque saben que hay una denuncia, pero no tiene suficiente evidencia para ejecutar un arresto.)

Hostigamiento entre amigos, conocidos, vecinos, miembros de familia, ex - novios, colegas de trabajo, dueños / inquilinos, consumidores / vendedores, etc.

Conflictos sobre ruido, propiedades, quejas sobre animales domésticos, intrusos, daños a objetos personales, interferencia, asuntos inter - personales, no pago de trabajos o servicios, etc.

2. Casos de arresto

a) Referidos por Jueces y Fiscales

Estos casos son tratados de acuerdo a los diferentes factores particulares de cada caso:

En unos casos, las partes involucradas han estado relacionadas previamente de alguna manera y probablemente

necesitan mantener la relación a futuro.

Frecuentemente involucran asuntos de restitución por costos y daños.

b) Casos de citación sin detención

En estos casos las personas han sido arrestadas por delitos menores, frecuentemente por robar en las tiendas. Les dan una citación para la Corte donde deberán presentarse en un plazo aproximado de entre cuatro a seis semanas, quedando libres sin necesidad de pagar una fianza. Aceptamos casos en que los dependientes no han sido condenados previamente.

La mediación se concentra en la devolución de la propiedad robada (por compensación) y la promesa de no volver al sitio donde se cometió el robo. Si se cumple lo pactado, se abre la posibilidad de que en seis meses el caso sea desarchivado, siempre que el inculpado no cometa otro delito.

c) Víctimas - Imputado

Usualmente involucra a jóvenes entre 16 y 17 años, quienes han sido arrestados por haber cometido algún delito contra un adulto u otro joven.

La mediación brinda a la víctima la oportunidad de darle a conocer al imputado las consecuencias de su acción, del sufrimiento, dolor y daños que ha causado. El imputado puede responder a las preguntas de la víctima y explicar el por qué de sus acciones.

El Imputado tiene que aceptar la responsabilidad de la acción cometida, admitir su culpabilidad, restituir si es necesario, to-

mar clases de control emocional y hacer algún servicio comunitario.

B. Casos referidos por la Corte de Familia (referidos por jueces y sus asistentes legales)

1. Casos de custodia y visita de niños

Aunque estos casos se enfocan en los asuntos referentes a la custodia y a la visita de niños, a veces la mediación es el único foro en donde los padres pueden hablar en un sitio seguro y con un mediador neutral como guía. Pueden expresar sus sentimientos de enojo sobre lo ocurrido en la relación. Frecuentemente es el primer punto en la agenda.

Después, el mediador ayuda a las partes a desarrollar un plan de custodia o visita para el bienestar de los hijos. Pueden dialogar de todos los puntos referentes a la responsabilidad que cada uno de ellos va a tomar en los diferentes aspectos de la vida de sus hijos: designan el plan de educación, recreación, vacaciones, lugares donde el hijo puede ir o no ir, la gente con la cual pueden estar o no estar, etc.

Estos casos, a menudo necesitan sesiones múltiples, hasta que el plan está completamente desarrollado. A veces, los padres ponen en práctica el acuerdo semanas antes de ser legalizado. El acuerdo se envía al juez, quien lo ratifica y lo hace parte del record.

2. Casos de personas que necesitan de supervisión (PINS)

Estos casos involucran jóvenes en-

tre 14-15 años. La mediación se hace entre padres e hijos. Los asuntos discutidos pueden ser: inasistencia a la escuela, participación en pandillas, abuso en el consumo de sustancias ilegales, estilo de supervisión de los padres, y toda clase de problemas entre padres e hijos.

El objetivo de estos casos es lograr que los jóvenes, envueltos en disputas con sus padres, asistan a sesiones continuadas de terapia (con frecuencia también los padres). Se redacta el acuerdo, a veces a corto plazo, y se revisa su cumplimiento durante la siguiente sesión de mediación. El promedio es de tres sesiones, y en cada una, si es posible, se aconseja redactar un nuevo acuerdo. El objetivo, a largo plazo, es lograr que se reestructure la relación entre padres e hijos. Debe estar claro que la mediación no es terapia. Y, es primordial que la familia reciba la ayuda psicológica requerida.

3. Casos de delincuencia juvenil

Frecuentemente involucra a jóvenes entre 14-15 años de edad, tanto solos como miembros de grupos; ya sea peleando con otros jóvenes o pandillas. Los temas en cuestión pueden ser: rumores, miradas despectivas, problemas entre novios, robos, empujones, insultos, etc. Los mediadores de estos casos tienen que estar conscientes de la presión psicológica a la que están sometidos los jóvenes entre sí, para poder entender lo que ha ocurrido y cual sería la mejor solución al problema.

C. Mediación en la Corte, Civil

- a. La Parte *Pro Se* de la Corte Civil (de \$3,000 a \$25,000.)
- b. La Parte de Reclamos Menores (hasta \$3,000.)

Durante los últimos cuatro años, hemos estado mediando estos dos tipos de casos. El móvil principal siempre dice relación con una restitución económica: no pago de cuentas, no compensación por servicios proporcionados, daños a propiedad ajena, etc. Estos casos frecuentemente involucran partes que no han tenido ninguna relación previa, por lo cual son casos más difíciles de mediar. Su motivación es una solución rápida para no tener que volver a la Corte varias veces debido a demoras en el procedimiento.

Los Mediadores: ¿quiénes son y cómo es el entrenamiento?

A. ¿Quiénes Son?

1. Personas de la Comunidad

Los Mediadores son personas conscientes de las necesidades de la sociedad y desean dedicar algún tiempo ayudando a otros a restablecer la paz y la concordia. Tenemos como mediadores personas de muchos sectores: negociantes, personal estatal, trabajadores sociales, profesores universitarios, abogados, estudiantes de derecho, jubilados, etc.

Teniendo en cuenta la diversidad de nuestra población, por lo general, tratamos

de incorporar un espectro amplio de la sociedad, para que éstos sean representativos. Los mediadores deben ser personas con gran capacidad de escucha, que entiendan la diferencia entre facilitador y evacuador: saber como facilitar un acuerdo entre las partes y no imponerlo, tienen que ser personas neutrales, que no se involucren ni tomen partido, tienen que ser personas que dejen que las partes resuelvan sus problemas.

2. Estudiantes de Derecho

Tenemos convenio con tres Escuelas de Derecho, las cuales tienen sus clínicas de mediación. Los estudiantes asisten a un seminario de tres horas (semanalmente), sobre resolución alternativa de conflictos. A su vez deben realizar una práctica como mediadores, también de tres horas, en una de nuestras oficinas. Ellos practicarán la Mediación bajo la supervisión de su profesor o un mediador experimentado durante doce semanas.

B. Entrenamiento y Evaluación:

Un mediador debe estar avalado por el programa en que está mediando. El currículum exigido por el Sistema Penal es de un mínimo de veinticinco horas en procedimientos y técnicas de Mediación.

Luego viene una práctica de doce semanas (tres horas por semana). Como los estudiantes de derecho, están supervisados por mediadores experimentados quienes son sus mentores, en las primeras semanas, observan casos. Luego viene una segunda etapa en la que empiezan a co - mediar casos con mediadores experimentados. En la tercera etapa, median casos bajo la observa-

ción de su mentor. Después de cada sesión, hay un período de evaluación, en que se comentan los procedimientos y técnicas usados por el aprendiz.

Al final del aprendizaje, el nuevo mediador será evaluado por un miembro de nuestro equipo, obteniendo un certificado de mediador que le permitirá desempeñarse en forma autónoma.

Para mantener su status activo con el programa, el Estado exige que medien un mínimo de tres casos por año y asistan a seis horas de entrenamiento avanzado adicional. Además, en nuestro programa nosotros observamos y evaluamos cada mediador anualmente, con feedback después de la sesión de evaluación para poder ser re - certificados.

Desafíos para el Futuro

El público en su mayoría, no está todavía suficientemente informado y consciente del servicio de mediación y sus beneficios. Muchos no están convencidos del valor del proceso. La mentalidad del afectado, en nuestro país, es conseguir un resultado favorable y rápido, quieren simplemente «ganar». Por su parte los medios de comunicación proyectan una imagen irreal y ficticia de lo que pasa en la Corte. La televisión idealiza los procedimientos y resultados. Necesitamos cambiar esta imagen y mentalidad de «ganar – perder» por una de “ganar – ganar”.

También se requiere estandarizar las cualificaciones para mediadores a nivel estatal. Existe una falta de estándares, que está

siendo analizada, por algunas asociaciones profesionales de resolución de conflictos, a nivel nacional. Tenemos que determinar el nivel de educación y experiencia que son necesarios para poder mediar, especialmente casos que requieren conocimiento y entrenamiento especial.

Hay una gran necesidad de aumentar los fondos dedicados al campo de la resolución alternativa de conflictos. En Nueva York, el sistema penal está poniendo menos de dos millones de dólares para mantener sesenta y tres programas en todo el Estado. El presupuesto anual de la oficina de la administración de Cortes es más de mil millones de dólares.

«LA MEDIACIÓN TRANSFORMADORA EN NUEVA YORK»

Lic. Stephen E. Slate¹

La transformación como paradigma en el proceso de mediación, ha experimentado desde los últimos siete años un auge paulatino en el campo de la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) en el Estado de Nueva York; eliminando en su trayecto inicial, el proceso de mediación/arbitraje², establecido por el Instituto para la Mediación y la Resolución de Conflictos, Inc. (IMCR).

1. Antecedente Histórico

En 1969, los Doctores Theodore W. Kheel, Basil Paterson, Arthur H. Barnes y George Nicolau, renombrados abogados afro-americanos, expertos en el campo de la negociación laboral y el arbitraje, aunaron sus esfuerzos para fundar una organización alternativa al proceso penal en la que podrían emplear destrezas y habilidades del ambiente laboral para resolver conflictos interpersonales fuera del marco penal, evitando de esta forma el estigma de criminalización que afectaba mayormente a la población minoritaria negra e hispana en Harlem y áreas densamente pobladas del

Alto Manhattan. El IMCR se establece como producto de un esfuerzo normativo y determina la pauta a seguir mediante el uso del proceso mediación/arbitraje.

En 1975, después de haber impartido cursos de capacitación RAC dentro y fuera del país, el IMCR en su calidad de organización pionera, estableció el primer Centro de Mediación Comunitaria en la ciudad de Nueva York, ofreciendo a más de siete millones de residentes, la oportunidad de resolver disputas interpersonales fuera del marco de las instancias penales sin menoscabo de sus derechos legales. Gracias a la participación activa de expertos facilitadores, el programa contribuyó a la reducción de miles de casos remitidos por las Cortes Penales en los cinco condados de la ciudad. Un 90% de estos casos constituían crímenes de lesa menor, y un 10% constituían casos no penales.

El éxito del proceso mediación/arbitraje del IMCR y la necesidad de reducir casos frívolos en las dependencias penales, fueron temas de debates en la Legislatura estatal, los cuales culminaron con la creación y promulgación del Artículo 21-A de la Ley Civil que regula desde 1981, los procesos RAC en los 62 condados del estado de Nueva York.

La Legislatura creó el marco legal para la subvención y el funcionamiento de

¹ Director Ejecutivo del IMCR en la ciudad de Nueva York, Profesor Asistente de la Escuela de Profesores de la Universidad de Columbia y Capacitador RAC con Licencia del Estado de Nueva York. Correo electrónico: imcrmed@nyci.net.

² Proceso híbrido de resolución alternativa de conflicto que emplea inicialmente la mediación. Al ocurrir un impasse, el facilitador mediante conocimiento de hechos recabados en la sesión, analiza y falla mediante laudo arbitral.

Centros Comunitarios, haciendo énfasis en la naturaleza voluntaria y confidencial de los procesos RAC. Al mismo tiempo, autorizó la creación de la oficina estatal denominada Programas de Centros de Resolución de Disputas de la Comunidad (CDRCP) como dependencia del Sistema Unido de las Cortes Penales del estado. Este organismo aún supervisa las operaciones relacionadas con la ubicación y área de servicios de los Centros; la selección, capacitación y métodos de certificación de facilitadores; la competencia, licencia y vigencia de capacitadores; y la designación de casos apropiados para los diferentes procesos RAC. La violencia doméstica; crímenes sexuales; crímenes relacionados con el uso y la tenencia de drogas; crímenes de lesa mayor; y el abuso de menores, son considerados casos inapropiados para los Centros de Mediación Comunitaria.

No obstante la existencia de normas rectoras del CDRCP, los Centros RAC gozan de autonomía administrativa y filosófica en el desempeño de sus funciones. En la ciudad de Nueva York, el Centro Comunal "*Safe Horizon*" cubre los condados "*Kings*" (Brooklyn) y Nueva York (Manhattan); "*Community Mediation Services*" (CMS) cubre el condado de Queens; "*You Participate in Solutions*" (YPIS) cubre el condado "*Richmond*" (Staten Island); y el IMCR cubre el condado del Bronx. El punto de vista de todos los Centros comunitarios, a diferencia del IMCR, es el de la solución de los problemas, y su símbolo de éxito, los acuerdos de las partes en conflicto.

2.El Paradigma de la Transformación

En 1993, el IMCR dejó de capacitar y ofrecer sus servicios de mediación/arbitraje al público y se concentró en capacitar y ofrecer a la comunidad el proceso de mediación, basado en la potestad y el reconocimiento de las partes en conflicto. "La mediación es un proceso de decisiones voluntarias y privadas en el cual una o más personas imparciales [mediador(es)] asiste(n) a las personas, organizaciones y comunidades en conflicto, a fin de que trabajen hacia metas variadas..." (Boletín Informativo El Mediador Comunitario de la Asociación Nacional de Mediación Comunitaria (NAFCM), USA, Invierno/Primavera 1998).

Después de casi dos décadas de utilización del proceso híbrido, el IMCR concluyó que el programa benefició mayormente a las Cortes Penales ignorando los aspectos relevantes de la convivencia humana. Si bien es cierto que facilitó la resolución superficial de miles de disputas interpersonales, entre otras, también causó frustraciones al inhibir la libre expresión y determinación de los querellantes.

El IMCR considera que "El ser humano tiene la potestad para transformarse a sí mismo y su medio ambiente". Por lo tanto, el Centro Comunitario RAC ofrece a los usuarios la oportunidad y la posibilidad de intercambiar sus puntos de vista en torno a sus situaciones y decidir por sí mismos la resolución o no resolución de sus casos sin coerción alguna, todo esto, en un ambiente privado, seguro y confidencial.

En este paradigma transformador, "...la meta más importante es la de engendrar el crecimiento moral y transformar el carácter humano hacia mayor fuerza y mayor compasión." (Bush, Folger, "La Promesa de la Mediación", 1994:27). A fin de promover el cambio paradigmático en torno a la nueva misión del IMCR y solidificar las bases que sustentarían tal cambio interno, se realizó la ardua labor de capacitar al conjunto de mediadores/árbitros en cuanto a los principios fundamentales de la mediación transformadora. En cada uno de los cuatro puntos de vista de la mediación a la *satisfacción, la justicia social, la opresión y la transformación*, las funciones del mediador varían sustancialmente.

En el proceso mediación/arbitraje de antaño, el IMCR ofreció al público cursos de capacitación basados en el punto de vista de la satisfacción, cuya meta principal es la resolución de los problemas mediante acuerdos mutuos entre las partes en conflicto. En este programa, los mediadores no solamente ejercen control sobre el proceso en sí, sino también sobre los temas relevantes de discusión, y se concentran en áreas que consideran consensuales, evitando posibles desacuerdos que a su juicio podrían inhibir consenso. A pesar de que teóricamente los querellantes tienen la última palabra, los mediadores juegan un papel muy importante al señalar puntos de concordancia, determinar lo que es importante para las partes y conducirlos hacia la obtención de acuerdos balanceados de satisfacción mutua.

2.1 El Proceso Transformador

El proceso de mediación transformadora a diferencia del proceso híbrido, no persigue la resolución inmediata de los problemas que presentan las personas en conflicto, sino más bien, busca facultar a las partes y ofrecerles oportunidad para el mutuo reconocimiento. Es importante que definan sus propios asuntos y busquen soluciones por sí solos dentro del marco del entendimiento mutuo en torno a sus puntos de vista divergentes, las definiciones de los problemas y las razones por las que deciden escoger o rechazar tales o cuales soluciones. Todo esto, sin interferencia del mediador, cuyas funciones consisten en facilitar la comunicación entre las partes, ayudar en la exploración del entendimiento mutuo entre las partes y asistir en la exploración de la reconciliación y los acuerdos. A pesar de que el punto de vista de la transformación no persigue soluciones a los problemas, éstas muchas veces ocurren como efecto secundario. La responsabilidad de la solución es prerrogativa de las partes y no forma parte de las funciones del mediador.

El término "*facultar*" se refiere a "La restauración a la persona del sentido de autovalorización y poder, y su propia capacidad para enfrentarse a los problemas de la vida." (Folger y Bush, et al, op.cit:2) Mediante esta facultad, las partes en conflicto tienen una visión clara en cuanto a sus metas, recursos, opciones y preferencias a fin de tomar decisiones propias, claras y deliberadas. Aún cuando no resuelven sus asuntos mediante el proceso, las partes suelen retirarse de la mesa de discusiones con mayores conocimientos

en cuanto a la escucha, la comunicación, la creación y el análisis de opciones. En otras palabras, los querellantes aprenden destrezas necesarias para enfrentarse a futuras situaciones conflictivas con mayor resolución y eficacia.

2.2.1 Los Talleres de Capacitación

El IMCR ofrece cada año varios cursos de capacitación en la ciudad de Nueva York y en el extranjero, basados en el modelo de Mediación Transformadora. En Manhattan, los cursos forman parte de la Maestría en la Facultad de Psicología Organizativa de la Escuela de Profesores de la Universidad de Columbia. El taller teórico-práctico de cuarenta horas de duración manifiesta holismo en su metodología, al abarcar entre otros, temas de relevancia como la autoestima; los conceptos teóricos del conflicto; el conflicto verídico, contingente, desplazado, falso, latente y de atribución errada; el arte de la comunicación; la percepción; la teoría del “bolsón”; los paradigmas culturales; los conceptos de rangos y privilegios; y la aplicación de conceptos varios mediante sesiones simuladas.

Una vez finalizado el curso de capacitación, los participantes reciben un certificado de asistencia, lo que les permite participar en la etapa de aprendizaje práctico en cualquier Condado del Estado, bajo la supervisión y tutela del personal administrativo y mediadores capacitados con varios años de experiencia. Después de completada la etapa de aprendizaje que se reduce a la facilitación de doce o más

sesiones de mediación y subsecuentes sesiones de retroalimentación, el mediador alumno es evaluado como mediador solo. Si la evaluación es satisfactoria, recibe un Certificado de Mediador emitido por el Centro de Mediación.

No existe la certificación estatal de mediadores en el estado de Nueva York. Cada año, la institución invita a los nuevos mediadores certificados a participar en una ceremonia especial de juramentación para el servicio profesional ante un juez de la Corte Penal u otra entidad judicial.

3. La Corte Penal y los Servicios RAC

En las Cortes Penales de los Condados de la ciudad de Nueva York, existen Centros de Remisión de Disputas (CDRC) los cuales procesan miles de quejas presentadas por la población civil y determinan las mejores opciones dentro o fuera del marco judicial mediante las cuales los querellantes pueden proseguir en la búsqueda de resolución de sus asuntos. Los casos presentados al CDRC por la población civil pueden ser remitidos a las Cortes Penales o Civiles, los recintos de Policía, la Oficina del Fiscal, Agencias Sociales, etc. Aquellos casos considerados apropiados para la mediación, son remitidos a los Centros de Mediación con el visto bueno de los demandantes quienes reciben notificaciones de comparecencia, para ser servidas a las personas demandadas según normas establecidas.

Una vez que los casos son remitidos al IMCR por vía electrónica desde el CDRC,

el personal del Centro de Mediación se comunica con ambas partes en conflicto a fin de programar la fecha y hora de las audiencias de mediación. El proceso es estrictamente voluntario y no existe pena alguna por falta de voluntad anuente, aún si los casos fuesen remitidos por la Corte Penal. Las partes tienen derecho a la asesoría legal y el derecho de traer testigos para la corroboración de hechos, aunque el proceso en sí no persigue el descubrimiento de la verdad ni la determinación de culpabilidad o inocencia.

El proceso de mediación es confidencial. "Toda comunicación relacionada con el tema de la resolución lograda durante el proceso de resolución por cualquiera de los participantes, mediador o cualquier otra persona presente en la resolución de la disputa, será comunicación confidencial." (Ley Del Poder Judicial, Artículo 21-A, Programa de Centros de Resolución de Disputas, §849-b (6), 1981). Aún así, el acuerdo suscrito por las partes en conflicto se considera documento público.

4. Área de Servicios

El IMCR ha ofrecido sus servicios de resolución de conflictos en el Condado del Bronx desde 1975. La pobreza, el desempleo, el uso de viviendas inadecuadas los bajos niveles educativos, y la marcada diversidad cultural de sus moradores, han contribuido al paulatino incremento de conflictos en el área. El condado tan densamente poblado, cuenta con una población estimada en 1,300,000 personas,

de las cuales 37% reciben asistencia pública. El índice de desempleo es de 11%, y 41% de los residentes mayores de 25 años no completaron la escuela secundaria. En la última década, el Condado experimentó cambios abruptos en su composición racial. La mayoría de los residentes son hispanos (43%); Negros (30%); Blancos (23%); y los otros 4% lo constituyen asiáticos, habitantes no hispanos de las Islas del Pacífico, y otros.³

El Centro de Resolución de Disputas del IMCR se encuentra ubicado en el Distrito Uno del Condado donde un 67% de la población es hispana y un 58% de la población total del Distrito recibe alguna forma de asistencia pública. En 1999, el CDRC y el Centro procesaron un total de 8,250 casos de los cuales, 3,426 fueron considerados apropiados para servicios RAC. Un 80% de los casos programados para los procesos de mediación y arbitraje fueron atendidos en el Centro, produciendo como resultado un 87% de resolución en forma de mediación con acuerdo escrito o verbal, mediación sin acuerdo alguno, conciliación, o arbitraje.

Las encuestas y seguimientos mensuales realizados por el personal del Centro en etapas de un mes, tres, seis y doce meses después de las audiencias en que las partes lograron dilucidar eficazmente sus asuntos, demuestran a simple vista que la mediación transformadora va más allá de la simple resolución del conflicto hacia el

³ Datos recabados por la Junta Comunitaria No. 1 en el Condado Sur del Bronx, 1999.

mutuo entendimiento de las diferencias personales, la empatía, la importancia de las relaciones entre las partes, y el papel que desempeñan como miembros de la comunidad. Después de un año, el índice de violaciones de los acuerdos logrados es de 3,7%.

El Centro de mediación del IMCR y sus oficinas satélites en áreas más conflictivas del Condado del Bronx ofrecen al público residente una serie de servicios gratuitos de resolución de disputas. Estos servicios incluyen: Mediación Especial; Mediación de Custodia y Visita de Niños; Mediación de Divorcio; Mediación de Temprana Intervención; Mediación Familiar; Mediación Comercial; Mediación Escolar; Mediación de asuntos Interpersonales; y Arbitraje de Vehículos (nuevos, usados, arrendados), Sillas de Rueda motorizadas, y otros.

5. Conclusión

Después de siete años de experiencia administrativa y didáctica en el empleo del modelo de la mediación transformadora, tanto en el Centro de Resolución de Disputas del IMCR como en las aulas universitarias del estado de Nueva York y en otras áreas dentro y fuera del país, el proceso transformador ha constituido una fuente interminable de aprendizaje, debido a la dinámica interpersonal, la diversidad cultural de las partes en conflicto y la potestad adquirida de resolver o no resolver los asuntos propios. Las interrogantes y vacilaciones de expertos y facilitadores se debe a que desconocen el poder intrínseco

de la mediación transformadora, la cual tiene la capacidad para restaurar y fortalecer las relaciones interpersonales, construir puentes de enlace y solidaridad, reducir la propensión para la violencia, e impulsar la convivencia humana y la calidad de vida en las comunidades.

El proceso no es ninguna panacea o varita mágica presta a resolver los conflictos de la comunidad, pero sí funciona cuando las partes en conflicto valoran sus relaciones, prefieren la paz y la convivencia humana en lugar de opciones negativas, y se involucran en discusiones de altura a fin de lograr consenso y dirimir sus diferencias. El nivel de satisfacción es tal, que el Servicio Postal de los Estados Unidos ha hecho una inversión millonaria a nivel federal a fin de utilizar el programa "REDRESS", proceso transformador diseñado por Bush y Folger, para resolver conflictos internos de sus empleados.

En el mes de junio del presente año, gracias a la gestión de colaboración de la Dirección de Resolución de Conflictos (DIRAC) de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, el autor tuvo la oportunidad de compartir el punto de vista de la transformación con grupos selectos de abogados responsables por la facilitación de miles de disputas de la propiedad, incoadas mayormente por nicaragüense-americanos residentes en los Estados Unidos, quienes vieron confiscados o usurpados sus bienes al abandonar el país a raíz de los cambios políticos de los años 1979 a 1990. Aún bajo estas condiciones sumamente difíciles, ha lugar a la transformación.

A medida que esta corriente se manifieste en toda América Latina, y los facilitadores se atreven a soltar las riendas que controlan el proceso, permitiendo que las personas usen sus potencialidades a fin de resolver sus propios asuntos, en esa medida, la transformación constituirá la mejor opción para la resolución de conflictos como piedra angular para la armonía intra e inter grupales.

Bibliografía

1. ROBERTA. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, "*La Promesa de la Mediación*", 1a Ed., Editorial Jossey-Bass, Inc. de San Francisco, CA, 1994.
2. LEONARD L. RISKIN /JAMES E. WESTBROOK, "*La Resolución de Disputa y los Abogados*", 2a Ed., Editorial West Publishing Co. , St. Paul, MN, 1997
3. MORTON DEUTSCH/PETER T. COLEMAN, Editors, "*Manual de Resolución de Conflicto __Teoría y Práctica*", 1a Ed. Editorial Jossey-Baas Inc. , San Francisco, CA, 2000
4. Boletín Informativo "*El Mediador Comunitario*" Asociación Nacional de Mediación Comunitaria, USA, Invierno/ Primavera 1998.
5. Manual de Mediación del IMCR, 1a Ed., Nueva York, NY 1994.
6. Informe Anual, Programa de los Centros de Resolución de Disputa del Sistema Unido Penal del Estado de Nueva York, 1998-1999.

«EL ARBITRAJE EN ESPAÑA»

Silvia Barona Vilar¹

I.- Cuestiones Previas

El arbitraje es una institución consolidada históricamente como una de las fórmulas heterocompositivas de solución de los conflictos jurídicos, caracterizada por la intervención de un tercero, que impone la solución al litigio suscitado, siendo asumida por las partes afectadas por el mismo. De este modo, a través del arbitraje uno o varios árbitros, nombrados *ad hoc* o bien institucionalmente resuelven el conflicto jurídico planteado a través del laudo arbitral, que es aceptado por quienes en su momento decidieron, mediante el convenio arbitral, someterse a la decisión asumida por los árbitros.

La regulación legal del arbitraje se encuentra en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, Ley Arbitral (LA), que en el momento de su promulgación supuso el intento de revitalizar una institución con claro raigambre histórico en nuestro sistema, al tratar de significar un importante avance respecto de la legislación anterior. Anteriormente, la Ley de 22 de Diciembre de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en sentido estricto, no sirviendo en la práctica para solucionar "mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional", como

señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de 1988.

Las dificultades en la actualidad para considerar el arbitraje como un medio ágil de resolución de conflictos permanece también con la Ley de Arbitraje de 1988, pues si bien en la actualidad en España el sistema arbitral funciona, no lo es por el arbitraje común de la Ley de 1988 sino más bien como consecuencia de la aplicación de los denominados arbitrajes especiales. Perdura, tras la regulación de 1988 un cierto escepticismo por parte del Estado respecto de la viabilidad de la institución arbitral, y se intercalan numerosas intervenciones judiciales, que permiten controlar e intervenir en la institución arbitral, no sabemos si con la pretendida intención de favorecer el arbitraje o, por el contrario, de controlar un cauce de resolución de los conflictos no estatal.

A todo ello habría que añadir que la Ley de 1988 deja numerosas cuestiones sin resolver, no abriéndose tampoco el cauce posible de la integración de la institución arbitral en nuestro sistema procesal, de manera tal que allá donde el legislador no resuelve se permitiese el acceso al ordenamiento jurídico procesal sin problemas de interpretación. Volveremos sobre este tema al analizar algunas cuestiones no resueltas en la Ley de Arbitraje de 1988, que requieren soluciones integradoras no amparables a través de la ley arbitral.

¹ Prof. Dra. Catedrática de Derecho Procesal Universitat de València.

Atendida la situación político-jurídica actual en relación con el arbitraje la primera cuestión que surge es la referente a su naturaleza jurídica, que vamos a conectar, necesariamente, con el análisis histórico de la institución y con la perspectiva constitucional. Y en este sentido son ya numerosas las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se plantea la naturaleza jurídica del arbitraje, su configuración y encuadre con el derecho a la tutela judicial efectiva así como las posibles dudas de constitucionalidad que la regulación del mismo conlleva².

La Constitución española de 1978 no se refiere expresamente al arbitraje en su articulado, lo que no impide que la podamos fundamentar constitucionalmente. Esta situación, sin embargo, no refleja la realidad política e histórica del país, dado que ya en la Constitución española de 1812 se recogía su fundamento constitucional. Así, el artículo 280 señalaba: "no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes"; y el artículo 281 señalaba: "la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reserva-

do el derecho de apelar"³. Si éste sería el fundamento constitucional más inmediato, no podemos olvidar que estamos ante una institución existente y vigente en toda nuestra historia jurídica. Piénsese así que los "jueces avenidores", escogidos o puestos por las partes para librar la contienda entre ellas, ya quedaban referidos en Las Partidas⁴, siendo posteriormente denominados como jueces árbitros en la Constitución de 1812; pese a su terminología no son en sentido estricto verdaderos jueces, pero la función desempeñada, en cuanto dirimidores de los conflictos jurídicos suscitados, lleva a tomar esta acepción respecto de los mismos. Pensemos que en la Constitución de 1812 se acuñaba ya el monopolio judicial de la jurisdicción en el artículo 242 cuando señalaba que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales"; pero junto con este principio se refería a la posibilidad del arbitraje en los artículos 280 y 281 antes citados, y ello por cuanto la "exclusividad jurisdiccional de los árbitros se concebía dentro de la división de poderes, no con

² Ver Sentencias del Tribunal Constitucional (TC) 43/1988, de 16 de marzo, BJC 1988-84, pp.

517 y ss; 233/1988, 2 de diciembre, BJC 1988-92, pp. 1590 y ss; 61/1991, 20 de marzo, BJC 1991-120, pp. 81 y ss; 288/1993, 4 de octubre, BJC 151 (1993), pp. 50 y ss; 174/1995, 23 de noviembre, BJC 176 (1995), pp. 32 y ss; 75/1996, 30 de abril, BJC 181 (1996), pp. 116 y ss; y 176/1996, 11 de noviembre, B.O.E. 17 de diciembre, entre otras; y los AATC 259/93 de 20 de julio, y el 326/1993 de 26 de octubre.

³ Tiene sentido ese fundamento constitucional si partimos del dato de que en la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 ya declaraba: "le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, en peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif".

⁴ En la Partida III se distinguía entre jueces ordinarios, delegados y árbitros, definiendo a estos últimos como "judgadores de albedrío, que son escogidos, para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes"; y en las leyes 23 a 35 venía a referirse a los avenidores o árbitros de derecho y los arbitradores o alvedriadores o comunales amigos, que tenían sentido en cuanto árbitros de equidad.

relación al arbitraje, que se consideraba un derecho connatural a la libertad”⁵. Las constituciones sucesivas no se refirieron de manera expresa al arbitraje, sí bien si lo hicieron respecto de la necesidad de mantener la exclusividad jurisdiccional respecto de los otros poderes del Estado.

En la actualidad el arbitraje encuentra su asidero constitucional en la libertad, en cuanto ésta es su fundamento y razón de ser. La Constitución establece que la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados (art. 117.3), lo que podría provocar una duda de constitucionalidad en cuanto existiesen órganos no jurisdiccionales que ejercieran la función de resolución de conflictos. La existencia de la institución arbitral implica claramente una fórmula diferente a la judicial que sirve a los fines resolutorios antes afirmados; su constitucionalidad se basa en la libertad, en la autonomía de la voluntad, en la disponibilidad de las materias que lleva a que se asuma la resolución del conflicto o la no resolución de éste (no acudiendo a ningún mecanismo ni órgano que resuelva el conflicto planteado) o bien eligiendo de entre las posibles, la vía que parezca más acertada a los intereses de los sujetos en conflicto. En cuanto estemos ante materias disponibles para las partes, esta disponibilidad juega tanto en la vía jurisdiccional (piénsese que los órganos jurisdiccionales no actúan de oficio en los procesos de carácter dispositivo sino tan sólo a instancia de parte)

como respecto de otros medios, como lo es el arbitraje⁶.

Atendida la doctrina constitucional hemos de partir de la afirmación de que la existencia del arbitraje no plantea dudas de constitucionalidad; la legalidad vigente es la que regula el arbitraje y los presupuestos para su admisibilidad y desarrollo. En ocasiones, por tanto, nos vamos a encontrar que se lleva al Tribunal Constitucional (TC)

⁵ El ATC 259/93 de 20 de julio ha sido muy expresivo a los efectos del análisis constitucional del arbitraje, de manera que expresamente apunta: “Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del “juez”, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*, y del “árbitro”, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc). La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese “casi” está el quid de la cuestión. Efectivamente la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE) ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado, Sentencia de 23 de marzo

⁶ MONTERO AROCA, J., Comentario breve a la Ley de Arbitraje, (con otros), Civitas, Madrid, 1990, p. 20.

cuestiones que van referidas a la legalidad, más no a la constitucionalidad del arbitraje. Así, piénsese que ha llegado a pronunciarse el Tribunal Constitucional sobre la función y la naturaleza del juicio de nulidad, tanto el que venía regulado en la antigua Ley de 22 de diciembre de 1953 de arbitrajes de Derecho Privado, como el referente al recurso de anulación de la Ley de 1988, puesto que no es posible al órgano jurisdiccional que resuelve los mismos, corregir las deficiencias u o misiones, sino que tan sólo puede resolver y dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, no pudiendo discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto (SSTC 43/1988, 16 de marzo y 288/1993, de 4 de octubre, entre otras), sin que lo contrario implique vulneración de la tutela judicial efectiva.

El TC se ha pronunciado sobre el posible enjuiciamiento constitucional en relación con la interpretación de la actividad desempeñada en el ejercicio de las funciones arbitrales. De este modo, el Auto 259/93 de 20 de julio ya señalaba la imposibilidad de que el árbitro pudiera plantear una cuestión de inconstitucionalidad, al ser reservada ésta exclusivamente a los órganos judiciales (art. 163 CE)⁷. Por su parte, tampoco parece el Tribunal Constitucional re-

ceptivo a admitir el recurso de amparo de manera clara y extensiva⁸.

Toda vez que admitimos con carácter general que el arbitraje es una institución con raigambre histórico constitucional expreso, que hoy se asienta constitucionalmente en la existencia del principio de libre elección a la hora de resolver las contiendas que legalmente puedan ser objeto de arbitraje (disponibles para las partes)⁹, y que,

⁷ Sin perjuicio de que ésta sea la legalidad vigente, lo cierto es que no encontramos razones jurídicas que amparen esta situación, máxime cuando se le está atribuyendo a la decisión arbitral el mismo efecto de cosa juzgada que el que poseen las resoluciones judiciales. Ello significa que en caso de un arbitraje de derecho, fundado y motivado jurídicamente, no tiene demasiado sentido que no pueda plantear el árbitro o los árbitros las posibles dudas de constitucionalidad. Debería ser reconsiderada esta postura y con ello interpretar con el sistema arbitral y el procesal el artículo 163 de la Constitución, haciéndose extensiva esta posibilidad de solicitud de interpretación de las normas constitucionales también a los árbitros.

⁸ La Sentencia del TC de 11 de noviembre de 1996: "...en el bien entendido de que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC) resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Solo en la medida, bien esenza como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación de órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional".

de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS Sala tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)."

en base a esa disponibilidad que se plasma en el convenio arbitral, por el que las partes deciden someter su conflicto a la institución arbitral, surgió sin embargo, una cuestión que sí ha llegado ante el Tribunal Constitucional, planteándose su dudosa constitucionalidad y siendo ésta refutada por el citado Tribunal. Se trata del supuesto arbitraje impuesto con prescindencia de la voluntad de una de las partes. Planteado a propósito de la situación puntual del arbitraje especial en materia de transporte. La sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 174/1995, de 23 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.2, párrafo 1 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, según el cual: "Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario".

El artículo 38.2 establecía un arbitraje obligatorio para las controversias surgidas en relación con el contrato de transporte terrestre cuya cuantía no exceda de 500.000 ptas, pretendiéndose con el mismo fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales, obtener una mayor agilidad a la solución de

las controversias de menor cuantía; la manera de llevarlo a afecto quebranta la esencia misma de la tutela judicial efectiva, al tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para poder llegar a ejercer ante el órgano judicial una pretensión frente a ella¹⁰.

Consecuencia de la anterior resolución, el TC, en S.75/1996, de 30 de abril, vino a conceder el amparo al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto el demandante fue sometido a un procedimiento arbitral obligatorio, del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado

¹⁰ La Sentencia citada señala: "Es evidente que un sistema como... el que se consagra en el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, resulta contrario... al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos. ... La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta, que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución".

* Podríamos referirnos fundamentalmente a los artículos 33 y 38 en los que se acuña el reconocimiento del derecho de propiedad privada y el de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, expresiones ellas que, como apunta MONTERO AROCA, J. (Op. cit., p. 21), "tienen un sentido político determinado que relaciona el derecho con el sistema liberal capitalista de organización económica".

previamente su consentimiento para ello.

De todo lo anterior debemos concluir:

1º) El arbitraje tiene su sustento constitucional en la libertad, motor y fundamento de la institución (ATC 259/93, de 20 de julio), y en el principio de autonomía de la voluntad, convirtiéndose en el "medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados: lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre).

2º) Lo anterior conlleva una convivencia pacífica con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no afectando la institución arbitral al ejercicio de tal derecho, siempre que ésta se asiente en los citados derechos de libertad y de autonomía de la voluntad, que se plasman en el convenio arbitral. No obstante la existencia de un arbitraje obligatorio, excluyente legalmente, de la tutela judicial sí que implica atendido constitucional frente a tal derecho, como lo ha puesto de manifiesto el TC en relación al arbitraje en materia de transporte del artículo 38.2, 1 de la LOTT.

En consecuencia, hay que partir de la idea que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta cauces como el ar-

bitraje, que responden a los mismos parámetros de la heterocomposición.

3º) No cabe la duda constitucional planteada por los árbitros al TC a través de la cuestión de inconstitucionalidad; tema sobre el que discrepamos.

4º) Cabe acudir al amparo planteado tras el laudo arbitral, pero tan sólo referido a las supuestas vulneraciones referidas a las actuaciones del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de anulación frente al laudo; de lo contrario, resulta extraño al ámbito y funciones del proceso constitucional de amparo cualquier cuestión que pueda suscitarse al hilo del laudo arbitral que ha recaído en el proceso arbitral correspondiente.

Atendidas las indicaciones del Tribunal Constitucional, queda sin embargo, por definir el arbitraje como aquella institución a través de la cual "el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de "juris dictio", pues el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional", mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles" (ATC 326/1993, de 26 de octubre).

Frente a quienes mantuvieron en su momento la posición contractualista del ar-

bitraje, pensamos que si bien en su origen el arbitraje se asienta en la voluntad expresada a través del convenio arbitral (contrato, elemento contractualista, art. 5 LA), la institución en sí, en su desarrollo y progresión responde a los parámetros jurisdiccionales, máxime si se parte del principio general de que el laudo produce cosa juzgada (art. 37) y es título ejecutivo (art. 52), y teniendo en cuenta que en el procedimiento arbitral deben respetarse los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o proceso (art. 21.1). Esta posición sirve a los efectos del intento de integrar el arbitraje en el sistema procesal civil español, de manera tal que en aquellas cuestiones que queden no resueltas por el legislador, pueden acogerse las pautas determinadas por el mismo proceso civil. De ahí que consideramos que no basta con afirmar que estamos ante un procedimiento arbitral sino que afirmamos la existencia de un verdadero proceso arbitral.

II. Materias Arbitrables

El artículo 1 de la LA de 1988 va a determinar que el arbitraje sólo puede referirse a las materias sobre las que las personas tengan su libre disposición conforme a derecho, y el artículo 2 establecerá determinadas cuestiones que no tienen el carácter de arbitrables.

Si bien el principio general es el de entender arbitrables las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de libre disposición conforme a derecho, no es viable una enumeración de las mismas. Sin embargo, se pueden fijar algunos principios generales a la hora de delimitar tales cues-

tiones. Se debe hacer referencia a dos conceptos que durante mucho tiempo han venido referidos al arbitraje y a la exclusión de materias arbitrables que pudieran afectar a los mismos, cuales son el orden público y las denominadas normas de *ius cogens*.

Como principio general habrá que partir de la afirmación de que no son materias dispositivas ni disponibles para las partes las que afectan al orden público, entendido éste en el sentido de aquellas que por su configuración pertenecen a ese sector del ordenamiento jurídico que el Estado quiere proteger. Los problemas se derivan de la falta de concreción del concepto de orden público y de la inexistencia de norma que nos diga realmente en qué casos es posible acudir al arbitraje y en qué casos no. Partiendo del principio general de que las materias de derecho público no pueden someterse a la institución arbitral, habrá que delimitar aquellas que, dentro de la esfera del derecho privado, no inciden en la estructura del Estado, en cuanto a éste le interesa su protección y su control.¹⁴ Sólo desde esa órbita es posible entender el término "orden público", que, en ningún caso es equivalente a norma de *ius cogens*, dado que los

¹⁴ No debemos olvidar que existen materias en las que el Estado tiene interés por afectar el orden socioeconómico, pero ello no significa que no quepa arbitraje sino que éste queda delimitado en relación con aquellas materias sometibles al mismo. A título de ejemplo podemos citar el campo jurídico del derecho societario. En realidad se trata de someter a los árbitros, si un acto o acuerdo social es contrario a la ley, se opone a los Estatutos, atenta al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, o vulnera los intereses sociales del acuerdo social, sin determinar si supone una lesión a los intereses de los so-

árbitros si pueden entrar a decidir supuestos, conflictos o situaciones que vienen amparadas por las normas imperativas, no así aquellos sectores del ordenamiento jurídico que van a estar referidos al orden público¹².

Es evidente que detrás de ese interés del Estado por proteger lo que ha venido denominándose como organización del Estado, vamos a encontrar materias que van desde el orden social público (las referentes a la familia, a la capacidad, a la extranjería...), pasando por las referidas al orden económico público (el Derecho de la competencia, normas laborales, o el propio Derecho comunitario...), hasta desembocar en el orden político en su sentido más estricto (normas constitucionales, políticas, administrativas, fiscales...). Todas ellas pertenecen a ese sector del ordenamiento jurídico que el Estado ha recabado para sí su integración, su configuración y, sobre todo, su control. La regulación que de las mismas se haga puede variar, pero lo que en ellas se estructura es algo que preocupa al Estado, de ahí que escape del ámbito de la arbitrabilidad.

cios que ejercitan la acción, lo que se trata de materias disponibles. En este sentido se pronuncia la SAP de Pontevedra de 13 de junio de 1994 (RCEA, 1994, p. 247), añadiendo que la Ley de Responsabilidad Limitada no excluye la posibilidad de someter a arbitraje la validez de los acuerdos sociales y que la ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985 admite expresamente en su art. 35.2 que toda impugnación de acuerdos sociales pueda ser objeto de conciliación y arbitraje.

¹² Sobre este punto puede verse MUÑOZ SABATE, L., *La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas*, en "Arbitraje, mediación, conciliación", CGPJ, Madrid, 1995, p. 202.

En todo caso, no existe una norma que así nos lo diga sino que responde a la concepción que va acuñándose poco a poco a través de la jurisprudencia.

Esa concepción cada vez menos restringida, tendente hacia una mayor permisibilidad del arbitraje, ha venido en gran medida a potenciarse con las concepciones del arbitraje internacional¹³. Durante mucho tiempo la doctrina dominante hasta fechas relativamente recientes venía manteniendo que los árbitros no tenían posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones que afectasen al orden público; en la actualidad se mantiene que lo importante no es tanto que los árbitros juzguen asuntos que afecten al orden público en tanto que su decisión no contraría aquél. Este giro conceptual se produjo como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo americano de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, que supuso la posibilidad del arbitraje internacional sobre Derecho antitrust.

Posición distinta a la anterior es la que mantiene la SAP de Barcelona de 19 de julio de 1995, que excluye la materia de competencia desleal (en general lo que ver-

¹³ GOLDMAN, *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*, en "Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive", Bâle, Francfort a.M., 1993, pp. 251-252; JAYME, E., *L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées*, Annuaire, sesión Basilica, vol. 64, 1991, pp. 16-17; REQUEJO ISIDRO, M., *Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional*, RCEA, 1995, pp. 60-63; y con esta posición encontramos también el artículo 1.4 de los Principios del UNIDROIT.

se sobre la existencia o no del ilícito concurrencial) del conocimiento de los árbitros, al tratarse de materias que escapan del poder de disposición de los particulares, al estar vinculado a tal categoría jurídica no sólo “el interés privado de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado por el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado —como dice el preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero— de modo que las cuestiones litigiosas relativas a tal tipo de ilícito, o inseparablemente unidas a ellas, no pueden ser válidamente sometidas a la decisión de árbitros —artículos 1 y 2.I.b) de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre— y, consecuentemente, el convenio arbitral carece de eficacia impeditiva de la cognición judicial” (RCEA, 1995, p. 326).

Sin embargo, la SAP de Madrid de 7 de noviembre de 1995 (RCEA, 1996, en prensa) considera que “aún de aceptarse... la tesis de ser el contrato principal nulo por ser contrario a la Ley de Competencia Desleal, ello no conllevaría la nulidad del convenio arbitral, ya que éste no es contrario a esa Ley de Competencia Desleal. Y nada impide que el arbitraje verse sobre un determinado efecto de esa relación jurídica nula, como la indemnización por daños y perjuicios”.

III.- El Convenio Arbitral y sus efectos

Los artículos 5 a 11 de la Ley de Arbitraje nos van a marcar las pautas de la regulación del convenio arbitral.

Si partimos de la concepción acerca de la naturaleza del arbitraje que en su momento sostuvimos, aquí debemos reiterar que el nacimiento del arbitraje se produce de manera contractual a través del convenio arbitral. Éste ha pasado a sustituir la duplicidad existente en la Ley de 1953 (cláusula compromisoria y contrato de compromiso), adoptándose con ello el sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico para el arbitraje comercial internacional al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ratificado por España el 29 de abril de 1977, y el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, ratificado por España el 5 de marzo de 1975.

Tratando de sintetizar las notas más significativas del convenio arbitral podemos señalar las siguientes:

1º) El convenio arbitral se asienta en los requisitos generales de la contratación civil (arts. 1261 y siguientes del CC) así como en los concretamente delimitados en la Ley de Arbitraje (art. 3.1). No olvidemos que el arbitraje se asienta en la “voluntad inequívoca” de sometimiento de la solución de la cuestión litigiosa por las partes a los árbitros, de manera que la falta de dicho elemento provoca la nulidad del convenio

Excepcionalmente será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o adminis-

tración de la herencia (art. 7). Se trata de un arbitraje impuesto a través del cual el causante trata de proporcionar a los herederos y legatarios un cauce rápido y ágil para la solución de los conflictos futuros, que puede confiar a personas es quienes tiene depositada su confianza¹⁴. El objeto de este arbitraje va referido a "cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia", aceptándose una interpretación amplia del tenor literal incluyéndose cuestiones que versaban sobre si alguien ha sido partícipe o no en ella, la proporción en que ha de participar, condiciones de participación...¹⁵

2º) El objeto del convenio arbitral es el que estudiamos respecto del arbitraje, de ahí que nos remitamos a los artículos 1 y 2 de la LA. Quizás podríamos aquí añadir que la cuestión litigiosa puede haber surgido ya, o, por el contrario, surgirá en el futuro. En todo caso, debe dejarse constancia en el Convenio la relación jurídica de la que surgen, y se exige no sólo una delimitación de la relación jurídica a partir de la cual se suscitan las controversias actuales o futuras sino que será necesario establecer la voluntad de obligarse a cumplir la decisión arbitral. Es posible que todo ello forme parte integrante de los contratos de adhesión, como dispone la L.A. en su artículo 5.2¹⁶.

¹⁴ ALBADALEJO, El arbitraje testamentario, Actualidad Civil, n. 6, 1990, p. 77.

¹⁵ LACRUZ-SANCHO, Derecho de sucesiones, Barcelona, 1971, p. 232; PRIETO-CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil II, Pamplona, 1985, p. 403; CORDON MORENO, F., El Convenio arbitral y sus efectos, en "Comentario breve a la ley de arbitraje" (con otros), cit., p. 56.

¹⁶ Interesante, a estos efectos, es la SAP de Sevilla de 18 de enero de 1993, que se expresa en el 2º Fto

3º) En cuanto a la forma del convenio arbitral, se sustituye la exigencia de la escritura pública del contrato de compromiso de los artículos 15 y 16.1 de la anterior Ley de 1953 por la exigencia de la simple forma escrita. Si no se cumple este requisito las partes pueden oponerse al arbitraje por nulidad del convenio arbitral (art. 23.1), pudiendo ser apreciada la falta de oficio por los árbitros (art. 23.3) y, en todo caso, es causa de anulación del laudo (art. 45.1).

El convenio escrito, sin embargo, podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo

Jco en los siguientes términos: "Exige la Ley de Arbitraje en forma precisa y contundente, la voluntad inequívoca de las partes de someterse a la solución arbitral, para resolver las cuestiones litigiosas que entre ellos puedan producirse; esta voluntad inequívoca, es el elemento o substrato que legitima la actuación del árbitro, y la exclusión del derecho de todo ciudadano a acudir a la jurisdicción para resolver sus problemas, y de ello se deriva que esa exigencia de voluntad, sea inequívoca, es decir, que no aparezca duda alguna al respecto que pudiera poner en entredicho esa declaración de voluntad; ha de constar por ello la voluntad de cada parte de someter sus conflictos a la decisión de un tercero; si no aparece en forma inequívoca esa voluntad, la función del árbitro no estará legitimada, no podrá acudir a él para pedir solución al conflicto planteado, y si recae solución, ésta no tendrá la más mínima fuerza ejecutiva para la parte al adolecer del elemento que, como decíamos la justifica, como es el acto voluntario del sujeto. El artículo 5 de la citada Ley, no se conforma con exigir la voluntad inequívoca en el convenio arbitral, sino que exige que en aquél se recoja otra declaración de voluntad de las partes, cual es, la obligación que contraen de cumplir la decisión, no basta pues, con manifestar la voluntad de someter la controversia al árbitro, sino que por Ley, es obligado también expresar en el convenio, que deberá ser escrito, tal y como lo exige el artículo 6, que se con-

independiente del mismo. Y asimismo se entenderá que el acuerdo sea formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes sino también cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (art. 6.2).

4º) Como se desprende del artículo 8 “la nulidad del contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio”, lo que significa que el convenio arbitral, se halle o no incorporado a un contrato principal, o se encuentre formulado independientemente del mismo, es siempre un pacto accesorio, si bien autónomo¹⁷.

5º) Si bien nos hemos referido al contenido del convenio arbitral en cuanto requisitos esenciales se refiere, también éste puede referirse a otros posibles aspectos que si no esenciales no por ello dejan de ser importantes en el arbitraje. En concreto el artículo 9 se refiere a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas

trae la obligación de cumplir tal decisión, lo que viene a legitimar la ejecutoriedad de lo resuelto por el árbitro. Estos dos extremos reseñados, son sin duda esenciales por cuanto que son la expresión de la voluntad de las partes, debiendo por ello tener la consideración jurídica de nulo, aquel convenio que no los recoja de forma precisa y clara” (RCEA, 1994, p. 249).

¹⁷ CORDON MORENO, F., Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 57. ¹⁷ Véase a este respecto CORDON MORENO, Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 69.

de procedimiento.

6º) Por último, hemos de referirnos a los efectos que produce el convenio arbitral, que están regulados en el artículo 11, cuando dispone: “el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción”.

Es comúnmente aceptado por la doctrina¹⁸ que el convenio arbitral produce un doble efecto:

a.- De un lado el *efecto positivo*, que implica la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que puedan surgir entre ellas al arbitraje, así lo dispone la SAP de Tarragona de 10 de mayo de 1993 (RCEA, 1994, p. 264).

Extrapolando ese efecto más allá del ámbito estrictamente estatal, tanto el Convenio de Nueva York como la mayor parte de los Reglamentos arbitrales reconocen este efecto positivo, admitiéndose incluso el arbitraje desarrollado en ausencia de la parte que se niegue a cumplir lo pactado en el convenio arbitral (art. V.1, b del Convenio, a contrario; art. 15.2 del Reglamento de arbitraje de la CCI o el art. 24 del Reglamento de arbitraje de la AAA).

b.- El *efecto negativo*, que consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los órganos jurisdiccionales

¹⁸ Véase a este respecto CORDON MORENO, Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 69.

les¹⁹. Este efecto negativo se admite en el Convenio de Nueva York en el artículo II.3²⁰, y en el artículo VI del Convenio de Ginebra²¹.

Con independencia de cual sea el órgano jurisdiccional regulador del convenio arbitral lo que sí es cierto es que la forma específica de hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral en el procedimiento iniciado ante el juez estatal "dependerá de la normativa procesal de este concreto Estado"²². Atendido dicho principio en España el régimen de la excepción de arbitraje viene determinado por el artículo 533.8

¹⁹ "No se trata de un efecto excluyente que opere imperativa y automáticamente, por cuanto se precisa que las partes lo hagan valer mediante la oportuna excepción, lo que significa: 1º) que no es cuestión de orden público apreciable de oficio por el órgano jurisdiccional; y 2º) que debe invocarse por la vía de excepción" (SAP de Madrid de 22 de marzo de 1994 (RCEA, 1994, p. 241).

²⁰ "El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, eficaz e inaplicable".

²¹ "Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado so pena de pérdida de derechos por vencimiento de plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo".

²² ESPLUGUES MOTA, C., El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional. Curso de formación del CGPJ, Madrid, 1997, en prensa.

LEC; siendo asumida por el juez, éste se abstendrá de conocer del asunto. ¿Cuáles son las características de esta excepción?:

1º) Es una de las que pueden considerarse como referidas al objeto del proceso²³.

2º) Sólo podrá ser tenida en cuenta por el juez si se alega *ope exceptionis*, de ahí que en palabras de CORDON MORENO ²⁴ "esa eficacia depende bien de la voluntad concorde de ambas partes, bien de una voluntad positiva del demandado, manifestada en la oposición de la correspondiente excepción, que el juez no puede apreciar de oficio porque limitaría la libre renunciabilidad".

3º) La alegación de la excepción de arbitraje como medio de evitar la renuncia tácita al convenio arbitral (art. 11.2) en suma va a depender del tipo de procedimiento en que se formule; de ahí que en el juicio de mayor cuantía estaremos ante una excepción dilatoria, mientras que en los demás juicios deberá proponerse necesariamente en la contestación a la demanda para ser resuelta en la sentencia, teniendo en cuenta, sin embargo, que la excepción de arbitraje deberá ser resuelta en primer lugar, si se propuso junto a otras de carácter procesal.

4º) Se plantean problemas respec-

²³ MONTERO AROCA, J (con ORTELLS/ GOMEZ COLOMER/MONTON), Derecho Jurisdiccional II, L., Barcelona, Bosch, 1994, p. 185; también asume esta posición CORDON MORENO, F., Convenio arbitral y sus efectos, cit., p. 71.

²⁴ Op. cit., p. 71.

to de diferenciación con la sumisión tácita del artículo 58.2 LEC (declinatoria) debido a la formulación del artículo 11.2.

A este respecto, CORDON MORENO²⁵ señala: "Nunca podrá entrar en colisión la sumisión tácita, operada por el hecho de contestar a la demanda, y la sumisión a arbitraje, porque operan a niveles diversos; no cabe plantear ni resolver cuestiones de jurisdicción o de competencia entre jueces y árbitros, por consiguiente, la atribución de competencia en virtud de la sumisión no excluye que el juez en la sentencia pueda estimar la excepción de arbitraje".

El problema se plantea cuando se produce una contestación "ad cautelam" en el juicio de menor cuantía en el que se excepciona arbitraje. ¿Significa esto renuncia del arbitraje? La jurisprudencia no mantiene una posición uniforme, sino que, antes al contrario, podemos citar dos posiciones divergentes:

1.- La que mantiene que la realización por el demandado de una actividad que no sea proponer en forma la declinatoria supone una renuncia tácita al arbitraje, con sometimiento a los órganos jurisdiccionales.

Resulta significativa, a este respecto, la STS de 18 de febrero de 1993

2.- Junto a la anterior posición, determinadas Audiencias Provinciales han ido flexibilizando la anterior doctrina, manteniendo la necesidad de dividir la posición mantenida respecto de la declinatoria (art.

58.2 LEC), respecto de la excepción de arbitraje del artículo 11.2 LA.²⁶

5º) Para estimar la excepción se hace necesario un previo pronunciamiento de la existencia y validez del convenio arbitral. Ello obliga a que la excepción de arbitraje siguiera el mismo cauce que la declinatoria

²⁶ La SAP de Navarra de 16 de marzo de 1993 expone: "...la doctrina jurisprudencial referente al art. 58.2 LEC no resulta aplicable a la renuncia tácita al arbitraje, por cuanto si, por un lado, la cuestión de competencia por declinatoria dispone de cauce adecuado para su formulación, que no requiere que el demandado se oponga al fondo del asunto al tiempo que plantea la declinatoria, dado que dispondrá de la posibilidad de efectuarlo tras la resolución de la declinatoria, sin embargo, la excepción dilatoria de arbitraje, salvo en el juicio declarativo de mayor cuantía y, con mayores dificultades, en el de menor cuantía, si fuere resuelta en la comparecencia y se otorgare plazo para contestar a la demanda si fuere desestimada, no dispone de cauce que permita su formulación exclusiva con posibilidad posterior, si fuere desestimada, de oposición en cuanto al fondo por lo que, generalmente, si sólo se permitiese al demandado oponer la excepción entendiéndose que renuncia al arbitraje si contesta a la demanda, se produciría una situación que dificultaría en la práctica hacer valer el convenio arbitral, dado que invocar la excepción únicamente podría situar al demandado en riesgo de indefensión si fuere desestimada, al carecer ya de vía para contestar a la demanda". Y posteriormente manifiesta: "atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión, consideramos que si resulta clara la voluntad del demandado de no renunciar al arbitraje, es lícito que, tras formular la excepción de arbitraje, puede oponerse, subsidiariamente, al fondo del asunto contestando a la demanda, sin que ello suponga una renuncia tácita al arbitraje, constituyendo una medida de prudencia razonable para el supuesto de desestimación de la excepción, y acorde con el derecho a la defensa y a la contradicción de los que podría resultar privado el demandado que deseara exigir el cumplimiento del convenio arbitral, si no se le permitiese contestar a la demanda en tal fase procesal y se rechazase

²⁵ Op. cit., pp. 72/73.

de la LEC, interponiéndose con carácter previo, como ha propugnado *de lege ferenda* un sector doctrinal²⁷. De lo contrario, como apunta CORDON MORENO²⁸ "en los juicios que no sean de mayor cuantía, en que la excepción debe interponerse en la contestación a la demanda, el demandado o se somete a la competencia del juez (si contesta) o renuncia tácitamente al arbitraje (si no contesta proponiendo excepción).

IV.- Clases de Arbitraje

Atendido que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo en el que las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad deciden someterse a un tercero que no es el juez para la resolución de sus conflictos y, analizada esta institución desde sus antecedentes históricos que elevaron la institución arbitral a fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos, no podemos afirmar, sin embargo, que se haya convertido en una verdadera alter-

la excepción, no existiendo en la mayoría de los procedimientos otro momento procesal oportuno para contestar en cuanto al fondo, no siendo tampoco razonable exigir al demandado la opción, para evitar toda indefensión, de renunciar a su derecho de exigir el cumplimiento del convenio arbitral, lo que dejaría a la voluntad de una de las partes, el demandante, el cumplimiento o no del convenio arbitral, impidiéndolo prácticamente mediante la formulación de la demanda, frente a la que difícilmente el demandado asumirá el riesgo de oponer la excepción sin posibilidad de contestación en cuanto al fondo en caso de desestimación de tal excepción".

²⁷ A este respecto véase GONZALEZ MONTES, J.L., La excepción de arbitraje, La Ley, 13 marzo 1990, p. 3; FONT SERRA, E., La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español, Justicia 89, p. 357; CORDON MORENO, Op., cit., p. 73.

²⁸ Op. cit., p. 73.

nativa a la vía jurisdiccional.

Pese a todo, en los últimos tiempos, tras la promulgación de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, la institución arbitral ha ido adquiriendo un tinte diverso, en cuanto se ha tratado de fomentar este mecanismo arbitral con carácter general, ya sea individual o institucionalmente; amparada en la Ley de Arbitraje de 1988 o con carácter especial mediante la aparición de los arbitrajes especiales que, asumiendo una regulación nueva en estos campos jurídicos, sin embargo efectúan remisión genérica al arbitraje común de la Ley de 1988.

Atendido lo anterior, vamos a tratar de distinguir las posibles acepciones que sobre el arbitraje pueden provocarse, partiendo en primer lugar de la distinción entre arbitraje ritual y arbitraje irritual o informal.

Entendemos por arbitraje ritual aquel que se constituye y desarrolla según lo que dispone la ley, sometido, por tanto, a "rito". Así, el artículo 3.1 dice que "el arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley", manteniéndose con ello el antiguo artículo 3 de la LAP de 1953, impidiéndose la posible eficacia y virtualidad del arbitraje irritual, potenciando el ritual o sometido a la Ley de Arbitraje. El irritual, por su parte, supone la decisión por un tercero sin sometimiento a rito. Si bien la regulación del arbitraje general tiende a ejercer una política obstruccionista de dicha vía, la realidad ha venido a permitir estas fórmulas irrituales del arbitraje. Piénsese a estos efectos en el Reglamento del recién-

temente creado Jurado de Autocontrol de la Publicidad, que, entre sus funciones, establece aquellas que le permiten al mismo actuar como árbitro, pudiendo someterse a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 porque así las partes lo disponen, optando por un arbitraje de derecho o uno de equidad, o bien pueden acudir las partes al Jurado, como árbitro institucional, pactando un arbitraje irritual, de manera que no existiría sometimiento a la ley, lo que produce que no se exijan las condiciones, presupuestos y requisitos legales, más tampoco se producirán los efectos que el arbitraje ritual genera, y siempre quedaría abierta la posibilidad de plantear la cuestión ante otras vías en las que se llegue a agotar el conocimiento del asunto.

Pese a algunos ejemplos como el apuntado en materia publicitaria, la Ley de Arbitraje de 1988 trata de favorecer el arbitraje sometido a rito, alentando con ello una política claramente obstruccionista del arbitraje irritual.

Otra distinción efectuada por el legislador de 1988 es la que distingue entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. Asumido el arbitraje ritual, el artículo 4 permite que los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho (arbitraje de Derecho) o según su leal saber y entender (arbitraje de equidad). Si bien ésta es una distinción que tiene su origen ya en la Partida III, IV, 23^o y que llegó a alcanzar a los artículos 790 a 826 de la LEC de 1881, concibiéndose en 1953 el arbitraje como una figura única con dos modalidades, la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 acu-

ña estas dos posibilidades, estableciéndose al efecto las siguientes diferencias²⁹:

1^o) En cuanto a las condiciones que deben cubrirse por los árbitros: los de Derecho deben ser abogados en ejercicio, mientras que los de equidad bastará con que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 12.1 y 2). No se excluye la posibilidad de que los árbitros sean extranjeros, sin que ello afecte al arbitraje y al laudo, que serán en todo caso españoles. Los únicos problemas se derivarán de la determinación de la ley aplicable para fijar la capacidad de éste, el pleno ejercicio de derechos civiles, que podría ser la española o su ley personal; en principio parece razonable entender aplicable la norma general contenida en el art. 9.1 CC y su remisión a la ley personal.

2^o) No existen dos procedimientos (de derecho y de equidad) sino uno solo, sin perjuicio de la intervención que en el mismo se de a las partes o incluso a la pluralidad de procedimientos que pueden ser regulados en los reglamentos (art. 21).

3^o) En relación con el laudo arbitral hay que tener en cuenta que en el arbitraje de derecho el laudo deberá ser motivado, mientras que en el de equidad no es necesario, sin que esto pueda significar vulneración del orden público o en perjuicio de terceros o fraude de ley, de manera que si así se procediese, cabría interponer el recurso de anulación y la Audiencia Provincial po-

²⁹ Puede verse a este respecto MONTERO AROCA, J., Op. cit., pp. 41 a 43.

dría controlar de oficio estos efectos, y no habiéndose interpuesto recursos el juez de primera instancia puede efectuar tal control no despachando ejecución.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que la equidad no debería significar discrecionalidad del árbitro sino adecuación a la realidad, lo que importa es determinar si existe o no límite normativo a la posible decisión arbitral, para lo que hay que atender a dos supuestos:

a- No ofrece dudas que el árbitro podrá excluir la aplicación de las normas dispositivas, y en ello mismo se basa el arbitraje de equidad, pero si llegara a cuestionarse el dictar un laudo contrario a norma imperativa o prohibitiva, ello sería normalmente porque la cuestión litigiosa que se le ha sometido no queda comprendida en las materias de libre disposición conforme a Derecho, según la dicción del art. 1. Si se permitiera la exclusión de una norma imperativa o prohibitiva, se estaría vulnerando por esta vía el art. 6.2 CC; no puede admitirse que por el camino del arbitraje las partes hagan lo que de otra manera no podrían hacer.

b- De la misma forma la exclusión de la norma dispositiva no puede llevar a la vulneración del interés o del orden público o al perjuicio de terceros o al fraude a la ley, por las mismas razones que en el caso anterior, pues lo establecido en el art. 6.2 y 4 CC, si no puede desconocerse por la vía del acuerdo de las partes, tampoco podrá lograrse con un laudo arbitral, aunque sea de equidad.

será el motivo del recurso de anulación que podrá alegarse, pero en principio los números 4 y 5 del art. 45 ofrecen base más que suficiente. Además la AP, interpuesto el recurso, podrá controlar de oficio estos aspectos y si no hubo recurso, el control se llevará a cabo por el juez de primera instancia, no despachando la ejecución.

4º) Contra el laudo, dictado en cualquiera de las dos modalidades, sólo cabe recurso de anulación por los estrechos límites de los motivos del art. 45.

5º) Si nada se dice, se entiende que se opta por el arbitraje de equidad (art. 4.2 de la LA de 1988).

Llegados a este punto hay que cuestionarse el mantenimiento de las dos modalidades de arbitraje y su no reducción a uno solo, que debería haber sido el de equidad. La existencia del arbitraje de derecho adquiere pleno sentido cuando de la decisión arbitral puede controlarse después cómo se procedió a la aplicación de las normas jurídicas sustantivas, pero si no existe esa posibilidad y la actuación arbitral no tiene control en ese aspecto, las diferencias entre uno y otro arbitraje se diluyen y pierden realidad. Si el o los árbitros de derecho saben que sea cual fuere el contenido de su laudo, siempre que se mantenga dentro de las normas dispositivas, no existe control alguno, podrán actuar de hecho sin someterse al derecho positivo, siendo ese no sometimiento lo que caracteriza precisamente al arbitraje de equidad.

En estos dos casos lo cuestionable

El art. 4.2 LA ha atendido a la prác-

tica constante de los arbitrajes alterando la norma del art. 4.3 de la LAP de 1953 anterior; así si las partes no optan expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resuelven en equidad. Habrá que estar sin embargo al supuesto de aquellos casos en que la administración del arbitraje se encomienda a una corporación o asociación, en cuyo caso habrá que estarse a lo que resulte de su reglamento, que, mayoritariamente se inclinan por la equidad.

Otra de las distinciones al hablar de arbitrajes es la que hace referencia al arbitraje institucional versus arbitraje ad hoc, de manera que las partes pueden optar por la segunda modalidad y regular ellas mismas el arbitraje, nombrando los árbitros, pactando las reglas del procedimiento, salvo lo referente a las normas de carácter imperativo recogidas en la Ley de Arbitraje (art. 3.1), o bien pueden encomendarlo a una institución especializada que proveerá con su personal y experiencia a la administración del arbitraje y a la designación de los árbitros (art. 10).

Esta posibilidad del arbitraje institucionalizado es novedad en la LA de 1988 frente a la exclusión de la legislación anterior³⁰. ¿A quiénes se puede encomendar este arbitraje?. El artículo 10, apartado 1 considera que puede encomendarse la ad-

ministración del arbitraje a:

a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

A éstas se les atribuye dos tipos de funciones: administración del arbitraje y designación de los árbitros, respondiendo asimismo de las funciones desempeñadas en caso de responsabilidad por daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa, con la peculiaridad de que el perjudicado tendrá acción directa contra la institución, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros (art. 16.1).

Consustancialmente a la misma conformación de la Ley de 1988 hemos de hacer referencia a la clasificación que atiende a la generalidad o a la especialización, de manera que también se puede hacer referencia al arbitraje común, general, que se aplica en cuanto puede someterse a la L.A. de 1988 y los arbitrajes especiales. No olvidemos que la misma LA de 1988 establece en la Disposición Adicional 1ª una referencia a arbitrajes especiales, cuya regulación se encuentra en normas referidas a las materias que se suscitan o plantean como con-

³⁰ Sobre los beneficios del arbitraje institucional se pronuncia CREMADES, en Análisis comparativos de tribunales arbitrales permanentes, en "Estudios sobre arbitraje", Madrid, 1977, p. 148, cuando dice "... el arbitraje institucionalizado supone un verdadero refuerzo de la actividad concreta de los árbitros, quienes se saben respaldados por una entidad espe-

cializada en temas arbitrales... El árbitro se sabe seguro al dictar su sentencia (laudo) porque confía en que la misma pasará por el lógico control institucional del órgano arbitral que, al dictarse la sentencia en su marco y con su respaldo, tiene un interés indiscutible en que el resultado final no venga en descrédito de su labor administradora".

ceptos jurídicos, resolver por vía arbitral, sin perjuicio de la remisión que en todos los casos se efectúa con carácter general a la Ley de 1988. De este modo es posible hacer referencia a: arbitraje de consumo, de propiedad intelectual, de arrendamientos, de transportes, de cooperativas, de seguros, de publicidad, de propiedad horizontal..., siendo cada día más numerosas las posibilidades que se abren de canalizar bien a través de arbitrajes especiales o bien por remisión a los ya existentes, incluido el arbitraje común de la L.A. de 1988, la resolución de los conflictos jurídicos que puedan producirse en estas materias. No olvidemos que la misma Disposición Adicional 1ª de la L.A. de 1988 está eludiendo determinadas cargas onerosas y costosas de algunos de los arbitrajes especiales que hemos citado: no se precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas y además estos arbitrajes son gratuitos.

Sin perjuicio de las demás ponencias referidas a algunos de estos arbitrajes especiales podemos afirmar que hoy el replanteamiento de la vía arbitral como cauce eficaz y efectivo para la resolución de los conflictos jurídicos deriva de la utilización de estos arbitrajes especiales, de un intento por impregnar a la sociedad de esas vías o cauces que resultan más beneficiosos para los sectores jurídicos afectados... y esa culturización arbitral ha sido en gran medida favorecida por estos arbitrajes especiales.

V. Conclusiones Generales

Si bien falta ese fenómeno de cultura arbitral que lleve a asumir más social y jurídicamente esta vía como mecanismo para alcanzar la tutela efectiva, no puede negarse el desarrollo de este cauce en la última década, si bien centrado en campos jurídicos específicos.

El por qué no ha cubierto la Ley de 5 de diciembre de 1988 todas las expectativas esperadas, responde a una falta de asunción por todos los operadores jurídicos de la institución arbitral, manteniendo una posición tangencial acerca de la misma. Y, asimismo, las deficiencias de la Ley de Arbitraje se han hecho patentes, de manera que se está necesitando una reforma que acoja realmente el proceso arbitral en sus diversas manifestaciones, que haga factible que estamos ante una alternativa, asentada en la idea de libertad, pero sobre la que necesariamente deben jugar los principios esenciales garantizadores de la tutela efectiva, entre las que podemos citar, entre otras, la necesidad de buscar una solución legal al tema de la tutela cautelar, y en todo caso, como apunta MUÑOZ SABATE³¹ se hace necesario que el Estado asuma tal institución, se la crea, y con ello que establezca en la regulación del arbitraje la porosidad suficiente para comunicarse con el resto del ordenamiento procesal.

No olvidemos que a todo ello van a contribuir notablemente los órganos jurisdiccionales.

³¹ La ley de arbitraje: un campo sembrado de minas, en Curso del CGPJ sobre "Arbitraje, mediación, conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 11.

diccionales, puesto que la propia institución arbitral exige que, para alcanzar su éxito, la actuación del árbitro se apoye por los jueces.

Todo lo que antecede nos lleva a reclamar un nuevo modelo arbitral, más acorde con la realidad socio-cultural y jurídica en la que nos encontramos, que permite realmente esta vía arbitral y que asuma la vertiente internacional como un componente más de dicha reforma; si nuestros informes son ciertos, dicha reforma está ya en marcha.

« EJECUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN Y LA TRANSACCIÓN QUE DISPONEN LA RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE ARRENDADO».

Julio E. Salas Vivaldi¹

Es frecuente que durante la tramitación del proceso relativo a un juicio de arrendamiento se acuerde por las partes la restitución de un inmueble, agregándose que si no ocurriera en la fecha preestablecida se procederá "al lanzamiento del arrendatario".

Existen diversos criterios en el ámbito judicial respecto de la manera de hacer cumplir la voluntad de los litigantes manifestada en el acuerdo referido y que, en definitiva, se traduce en el desalojo de la manera dicha del renuente del bien en cuestión, tal como fue acordado por aquéllos.

Algunos jueces - la mayoría - estiman que a la petición correspondiente debe dársele la tramitación establecida en el título XIX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias, esto es, la comúnmente mal llamada "incidental", de lo que resulta que la petición de lanzamiento es proveída con un escueto "como se pide con citación", debiendo cumplirse con los requisitos de publicidad prescritos en el artículo 233. A su vez, el destinatario de la petición dispone de tres

días para oponer alguna de las taxativas excepciones permitidas en el precepto siguiente, a las que se dará tramitación incidental. Desestimadas éstas sólo entonces se procederá a la entrega del inmueble, haciéndose uso de la fuerza pública si es necesario. Dicho de otra manera, por fin se ha logrado el cumplimiento de lo acordado por las partes: la restitución del inmueble mediante el lanzamiento del contumaz, tal como se pactó en el consenso de voluntades que puso término al litigio.

Discrepamos de la opinión recién descrita, como también y con mayor razón de aquélla minoritaria que exige para el efecto señalado el empleo del procedimiento ejecutivo de aplicación general respecto de las obligaciones de dar, teniendo como título habilitante para ello el señalado en el numerando tercero del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, es decir "acta de avenimiento pasada ante el tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o por dos testigos de actuación".

Con más énfasis aún rechazamos aquella tendencia dilatoria, afortunadamente dejada de lado, que requiere de la substanciación de un proceso declarativo ordinario previo para llevar a efecto lo acordado por las partes en el juicio a que han puesto tér-

¹ Profesor Derecho Procesal de la Universidad de Concepción, Universidad del Desarrollo, Universidad Católica de la Santísima Concepción

mino por la voluntad coincidente.

Cabe advertir que las líneas que siguen discurrirán sobre la base que el acuerdo a que han arribado los litigantes - al que comúnmente denominan avenimiento - conste fehacientemente en el proceso mediante escrito de transacción o acta demostrativa de la conciliación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil y que contienen la restitución del inmueble arrendado actualmente exigible. Además, por supuesto, que se recurra por el peticionario del lanzamiento al tribunal que conoció de la respectiva causa.

Conviene recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2460 del Código Civil la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia y la conciliación se estimará como sentencia ejecutoriada por mandato del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

A su vez, el artículo 176 de ese cuerpo legal estatuye que la acción de cosa juzgada, esto es, uno de los elementos del "efecto de cosa juzgada", corresponde a aquel en cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio - en este caso en la transacción y conciliación - para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el Título XIX de su Libro I.

Remitidos, entonces, al título indicado del Libro I del Código de Procedimiento Civil, corresponde encontrar allí la forma de cumplir la transacción y la conciliación que, como se ha reiterado, en este as-

pecto se asimila a una sentencia.

Los que motivan este comentario disponen la restitución mediante el lanzamiento del demandado del inmueble que arrendaba y por tanto debe llevarse a efecto de la manera como se cumplen las sentencias que ordenan igual medida, dando cumplimiento así al mandato de los artículos 2460 del Código Civil y 267 de Procedimiento Civil que proporcionan a la transacción y a la conciliación, reiteramos, la acción de cosa juzgada.

Sabido es que el artículo 13 de la Ley 18.101 establece que el cumplimiento de las resoluciones, a las que se asimilan en sus efectos, como se dijo, la conciliación y la transacción, dictadas en los juicios de arrendamiento, se regula por las reglas generales. Pero, el mismo precepto agrega que "cuando ellas ordenan la entrega de un inmueble" se aplica lo prescrito en el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil. En la situación planteada lo que se pretende cumplir, como reiteradamente se ha dicho, precisamente ordena la entrega de una propiedad.

Por su parte, el mencionado artículo prescribe que si llegado el día señalado para la restitución sin que el arrendatario haya desalojado la finca arrendada, éste será "lanzado" de ella a su costa, previa orden del Tribunal, notificada por cédula.

De lo dicho resulta que no tiene aplicación en el caso de autos lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil que dispone, en general, que la ejecu-

ción de una sentencia se hará “con citación de la persona en contra de quien se pide”, puesto que el mismo precepto se encarga de advertir que lo dicho tiene aplicación sólo en el evento de que “la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla”. Y, precisamente, en el caso de autos existe “tal forma especial”, esto es lisa y llanamente el lanzamiento del vencido.

Priman, entonces, los artículos 595 del Código de Procedimiento Civil y 13 de la Ley 18.101, que son especiales, respecto del 233 del Código mencionado, de índole general.

En resumen, la transacción y conciliación en cuestión, respecto de cuyo cumplimiento se asimila a las sentencias ejecutoriadas, debe llevarse a efecto como para ella establece de manera especial la ley: el lanzamiento y no conforme a las reglas generales del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, esto es con citación ni menos de acuerdo al procedimiento ejecutivo ordinario o uno declarativo de igual carácter. Demás está decir que en Derecho lo especial prima sobre lo general.

El profesor Mario Casarino Viterbo en el Tomo V de su Manual de Derecho Procesal, nos advierte sobre el particular: “Se trata de la aplicación al proceso de la conocida regla de hermenéutica legal que prescribe que las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición (art. 13 Código Civil)”. Agrega que “si tales normas especia-

les existen, se aplican con preferencia a las que ya hemos estudiado. Así lo disponen los artículos 233, inciso primero, y 235, inciso primero del Código de Procedimiento Civil, a pesar que lo hacen en forma un tanto tímida, pero no por ello desprovista de fuerza obligatoria. Ejemplo de sentencias judiciales sometidas a ejecución especial: las recaídas en juicios de desahucio (595 Código de Procedimiento Civil), en juicios de hacienda (art. 752 del mismo código), etc.”:

Debemos, sí, dejar en claro que la situación descrita sólo es aplicable al caso particular de la restitución mediante el lanzamiento de un inmueble materia de arrendamiento y no sujeto a otros contratos o motivos, como sucede en el de comodato, pues allí no existe norma particular alguna que aparte el cumplimiento de la sentencia y por tanto de la conciliación y la transacción, de las normas generales del Título XIX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

No contradice lo aseverado, si es precario, la facultad que el inciso 2° del artículo 13 de la Ley 18.101 otorga al juez para suspender “ya decretado el lanzamiento” por los motivos allí señalados, pues al lanzamiento a que se refiere debió anteceder la tramitación incidental del cumplimiento ya referida, estándose así en la situación prevista en el numerando 1° del artículo 235 del Código de Procedimiento Civil.

Todo lo dicho se aplica con mayor razón a la conciliación, en la que, a diferencia de la transacción, el juez tiene activa participación, puesto que la acta que la contie-

ne debe estimarse “como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales”, incluso para su cumplimiento, por mandato del artículo 267 del cuerpo legal aludido.

En resumen, tanto lo acordado mediante transacción -llámese avenimiento o no- y la conciliación, cuyo cumplimiento se solicita ante el juez que conoció del respectivo litigio, en lo relativo a la restitución del inmueble arrendado se rige por la normativa especial del lanzamiento. El resto de las prestaciones se llevan a efecto conforme a las reglas comunes de ejecución de las sentencias ejecutoriadas, vale decir el procedimiento llamado incidental o el ejecutivo de aplicación general, atendiendo ante quién se solicita y en qué oportunidad.

No podemos concluir estas reflexiones sin advertir que lo dicho respecto al lanzamiento del inmueble arrendado tiene plena aplicación, sin duda alguna, si se requiere ordenarlo al juez de la respectiva causa, dentro del plazo de un año señalado en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. La interrogante surge si igual sistema se aplicará cuando se hace después del lapso indicado ante tal Tribunal. Nos parece que la respuesta debe ser afirmativa en atención al carácter especial de las normas legales que lo rigen, ya que tanto el artículo 595 del Código aludido como el 13 de la Ley N° 18.101 no establecen limitación alguna derivada de la oportunidad en que se pide el lanzamiento. Además, el primer precepto nos dice que éste se llevara a efecto “previa orden del tribunal”, el que no puede ser otro que aquel ante el que se tramitó el juicio. Confirma lo dicho la segunda disposición

legal mencionada que permite suspender esta medida “una vez decretada por el juez de la causa”.

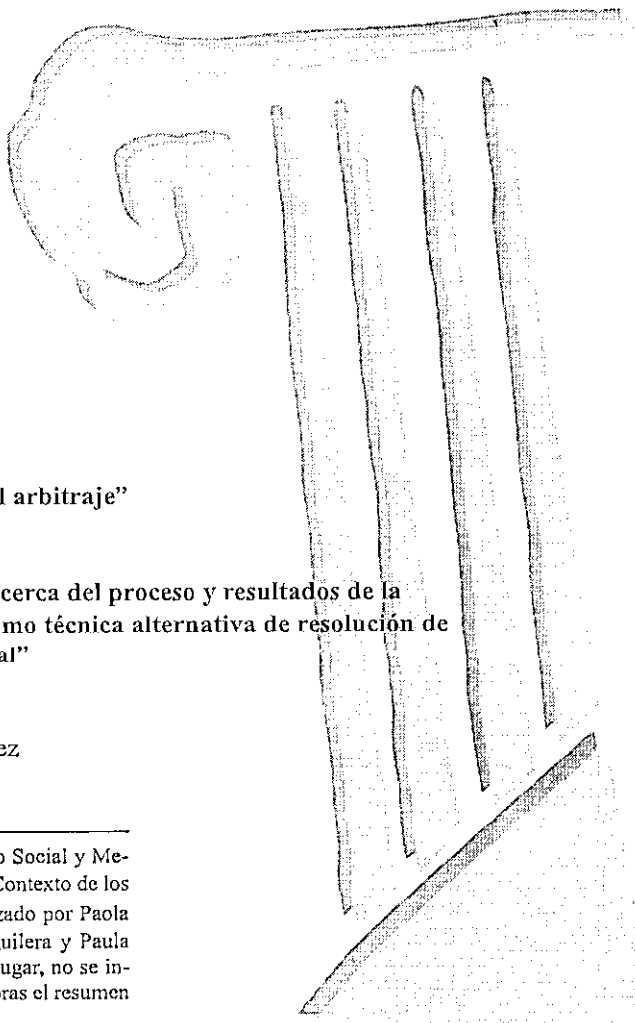
Reconocemos, sí, que la opinión que antecede podría ser rebatida -sin convencernos en atención a lo dicho- argumentándose que el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil es enfático al prescribir que la solicitud de cumplimiento de una sentencia ante el Tribunal que la dictó y por tanto de la transacción y la conciliación, realizada después del año desde que se hizo exigible, se sujetará a los trámites del juicio ejecutivo, sin consignar excepción de ninguna clase, a diferencia del artículo 233 que sí excluye los casos en que la ley ha dispuesto otra forma particular de llevarla a efecto, como sucede con el desalojo mediante el lanzamiento, dentro de dicho plazo.

Finalmente, podría también argumentarse que si el cumplimiento de lo convenido se solicita ante otro tribunal, es decir, el que sea competente de acuerdo a las reglas generales, haciéndose uso de la atribución que otorgan los artículos 232 y 237 del Código de Procedimiento Civil, lo que no parece procedente, debería emplearse aquí el procedimiento ejecutivo general ya señalado, mas no el simple lanzamiento conforme al mandato contenido en la última disposición citada. A tal conclusión llevarían para la transacción el artículo 2460 del Código Civil y para la conciliación el 267 del de Procedimiento Civil, cuyos efectos -el cumplimiento de lo acordado en ellos- se asimilan a los de una sentencia ejecutoriada.

Sin embargo, cualquiera que sea el camino seguido, léase el simple lanzamiento, el procedimiento llamado incidental o el propio juicio ejecutivo, se llegará - antes o después - al mismo resultado: el desalojo del arrendatario del inmueble, con la fuerza pública si fuere necesario. Así lo determinan, respectivamente, los artículos 13 de la Ley N° 18.101 y 595, 235 N° 1 y 512 del Código de Procedimiento Civil. Todo, naturalmente, en el supuesto ineludible que la transacción y la conciliación cumplan todas las exigencias legales, caso en que se les asimila en sus efectos a las sentencias en estados de ejecutoriedad.

El resto de las prestaciones contenidas en el avenimiento y la conciliación se llevarán a efecto conforme a las reglas generales establecidas para las resoluciones judiciales.

Concurso de Memorias ¹



“El recurso de apelación en el arbitraje”

Karim Kauak Ibañez

“Investigación exploratoria acerca del proceso y resultados de la aplicación de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos en el ámbito judicial”

Carolina Purcell Torreti

Ana Paulina Arrue Rodríguez

Carmen Gloria Muñoz Gutiérrez

¹ La síntesis de la Memoria “Trabajo Social y Mediación en Régimen de Visitas en el Contexto de los Derechos del Niño y la Niña”, realizado por Paola Barros Rodríguez, Pilar Cisternas Aguilera y Paula Vidal Muñoz, que obtuvo el primer lugar, no se incluyó por no haber entregado las autoras el resumen requerido para su publicación.

« EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL ARBITRAJE »

Karim Kauak Ibáñez¹



Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos por el cual las partes sustraen el conocimiento de un asunto controvertido de los Tribunales Ordinarios y lo someten a la decisión de un particular ajeno a la justicia ordinaria.

Desde sus orígenes, el arbitraje se ha desarrollado como un instrumento práctico y eficaz para la solución de controversias. Durante los últimos años, esta institución ha tenido gran aplicación tanto en Chile como en el extranjero, en parte debido a los problemas que afrontan los Tribunales de Justicia: exceso de demanda, recargo de trabajo, escasez de tiempo, procedimientos lentos y formales, entre otros. Por estas razones y por las innegables ventajas de las que está provisto, el estudio y conocimiento de su regulación se hace indispensable.

El arbitraje permite soslayar muchas de las deficiencias que presenta la justicia ordinaria. Entre sus ventajas, destaca la posibilidad de dar solución a conflictos técnicamente complejos en forma rápida y expe-

ditada. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para establecer las normas a las cuales se somete el procedimiento, lo cual permite evadir las formalidades y rigideces que conllevan los procedimientos seguidos ante la justicia ordinaria. Este mismo principio permite a las partes designar de común acuerdo la persona del árbitro, designación que constituye uno de los elementos esenciales del arbitraje. Así es posible para las partes designar para la resolución del conflicto una persona de experiencia, calificada y, lo que es más importante, de confianza.

De esta manera, es fácil constatar la importancia que hoy reviste el arbitraje. No obstante ello, la legislación arbitral chilena se encuentra bastante atrasada con respecto a la legislación comparada. Sus raíces se encuentran en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, posteriormente reemplazada por el Código Orgánico de Tribunales de 1943. Complementa dicha legislación el Código de Procedimiento Civil de 1902. En consecuencia, se hace necesario reformar la justicia arbitral de tal manera que constituya una instancia ágil y eficiente de solución de conflictos y se adecue al ritmo de las actuales necesidades y exigencias de la vida económica.

Así lo entendió el Gobierno del Presidente Aylwin, que en 1992 elaboró un pro-

¹Egresado de Derecho Universidad Diego Portales. Este artículo es una síntesis de un trabajo realizado, obteniendo el segundo lugar en el "1er Concurso de Memorias en Resolución Alternativa de Conflictos", realizado por el Proyecto CREA.

Obtuvo el segundo lugar en el concurso de memorias

yecto de ley tendiente a reformar y modernizar la justicia arbitral. Actualmente, dicho proyecto se encuentra sometido a la consideración del Congreso Nacional. A estos efectos, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado emitió el 25 de octubre de 1995 un informe en el cual modificó el texto original del proyecto y dio su aprobación para la reforma de la justicia arbitral. De esta manera, el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo y el texto aprobado por el Senado constituyen, junto con la legislación vigente y la doctrina, las fuentes directas e inmediatas de esta investigación, cuyo objetivo central es el estudio del recurso de apelación en el juicio arbitral. En consecuencia, las modificaciones que se puedan verificar durante la discusión y aprobación de la reforma en cuestión serán debidamente consideradas.

2.- El Arbitraje y los Recursos Procesales

2.1.- Ideas Preliminares sobre el Arbitraje.

El arbitraje es una institución jurídica para la solución de controversias de origen casi consustancial al hombre. Las sociedades primitivas lo establecían, aunque desprovisto de sus actuales características, como una forma de solución de sus conflictos en reemplazo de la autotutela. Evolucionó junto con las distintas sociedades y hoy constituye una importante alternativa a la justicia ordinaria.

El arbitraje se origina preferentemente en un acuerdo suscrito por las partes en el cual someten una controversia a la resolución de un tribunal especialmente investido y constituye una consecuencia del ejercicio

del derecho a disponer de lo propio y de la libertad de contratar. Como los particulares pueden libremente renunciar a la mayoría de sus derechos disponibles y la solución del litigio interesa únicamente a los titulares de esos derechos, parece evidente entonces que puedan también someterlos a la decisión de un tercero que les inspire confianza y que haya sido escogido por ellos con entera libertad². En ese sentido, la facultad de los tribunales ordinarios de conocer las causas, ejecutarias y hacer ejecutar lo juzgado no les es exclusiva: los tribunales arbitrales válidamente constituidos también se encuentran dotados de jurisdicción al formar parte de los tribunales especiales que establece la ley. Esta jurisdicción arbitral, sin embargo, se encuentra desprovista de una de las características fundamentales de la jurisdicción. En efecto, debido a que han sido investidos en forma privada por particulares, los tribunales arbitrales carecen de imperio, esto es, de la facultad de hacer ejecutar lo juzgado con el auxilio de la fuerza pública. Dicha facultad se opone a la investidura pública que realiza el Estado, como ocurre con los Tribunales Ordinarios, por lo cual la ley los priva de imperio. En consecuencia, el árbitro no puede ordenar por sí mismo el uso de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones, lo cual no resta obligatoriedad a éstas en virtud del mérito ejecutivo del que están provistas, ni constituye obstáculo para que conozca asuntos relacionados con su propia competencia, jurisdicción e inhabilidades.

² AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 4ª edición, 1982, pág. 16.

El procedimiento arbitral es substanciado ante uno o más árbitros respecto de los cuales la ley distingue tres clases, en atención a las facultades que las partes les conceden: árbitro de derecho, árbitro mixto y árbitro arbitrador o amigable componedor.

Según lo establecido en el artículo 628 del CPC, los árbitros de derecho son aquellos que tramitan y fallan la controversia conforme a Derecho, esto es, resuelven el fondo de la controversia y llevan el procedimiento en conformidad a las mismas normas a las que se sujetan los jueces ordinarios, considerando la naturaleza de la acción deducida. En nuestra legislación, el procedimiento seguido ante esta clase de árbitros constituye la regla general, ya que si las partes omiten expresar la calidad con la cual nombran al árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho.

En este procedimiento, el árbitro se encuentra obligado a aplicar el derecho de la misma manera en que debe aplicarlo el juez ordinario. En ese sentido, ambos realizan una labor idéntica en cuanto a la forma y al fondo.

Los árbitros mixtos son aquellos que tramitan como arbitradores y fallan conforme a Derecho. Equivalen a árbitros de derecho que llevan el procedimiento en conformidad a las reglas que las partes les señalan o que la ley establece para los arbitradores. Resuelven el fondo del asunto según las normas señaladas para los jueces ordinarios, por lo que se diferencian de los árbitros de derecho sólo en lo relativo a la

forma de tramitación del procedimiento.

El árbitro arbitrador o amigable componedor es aquel que tramita el procedimiento de acuerdo a las reglas que las partes le han señalado en el acto constitutivo del compromiso, atendiendo para la resolución de la controversia a los dictámenes de su prudencia y equidad. La labor que desarrolla corresponde a la fórmula más fidedigna, genuina y pura de arbitraje ya que satisface las expectativas que las partes han tenido en consideración al momento de recurrir a la justicia arbitral: resolver el conflicto que les afecta por medio de la decisión de una persona respecto de la cual sienten absoluta confianza y a través de reglas que ellas mismas han escogido.

En cuanto al procedimiento, el arbitrador no goza de libertad absoluta para su substanciación ya que debe ceñirse a las reglas que las partes le señalan o, en su defecto, a las normas supletorias establecidas en los artículos 637 a 644 del CPC. Se encuentra limitado, en última instancia, a los principios del debido proceso y a las normas de orden público.

Respecto del fondo de la controversia, el arbitrador falla obedeciendo a su prudencia y equidad, esto es, de acuerdo a su leal saber y entender. Aprécia los hechos en conciencia y realiza un enjuiciamiento valorativo para dar la solución que considere más justa, lo cual no le impide ajustarse a Derecho, si lo estima equitativo. El fallo que dicta debe ser motivado, por lo cual la sentencia definitiva debe contener las razones de prudencia y equidad que le sirven de fun-

damento.

2.2.- Los Medios de Impugnación en el Arbitraje

En general, los medios de impugnación o recursos procesales son aquellos instrumentos que establece la ley para corregir los errores, vicios o faltas en que pueden incurrir los jueces en la dictación de sus resoluciones. Su objetivo es evitar los perjuicios que una resolución gravosa puede causar. Como en la aplicación de la ley procedimental o sustantiva existe la posibilidad cierta de error o injusticia por parte del juez, la ley concede a las partes una serie de recursos procesales que les permiten subsanar dichos vicios. Para ello, el examen de la resolución gravosa es usualmente encargado a un Tribunal distinto de aquel que la dictó, jerárquicamente superior y generalmente colegiado. En consecuencia, la ley establece un sistema de recursos con el fin de proteger los intereses de las partes y del juez³.

En principio, en Chile las resoluciones arbitrales son susceptibles de impugnación a través de la interposición de los mismos recursos que proceden en contra de las resoluciones dictadas por tribunales ordinarios. En efecto, en virtud de un amplio sistema de recursos procesales, la ley admite la posibilidad de revisar las decisiones arbitrales siempre que las partes no hayan renunciado a ello.

En realidad, la extensión de dichos recursos se encuentra determinada por el procedimiento arbitral, de tal manera que en el procedimiento seguido ante árbitros de derecho, las partes pueden deducir los siguientes recursos: interpretación o aclaración, rectificación o enmienda, reposición, casación en la forma y en el fondo, revisión, queja, inaplicabilidad por inconstitucionalidad y apelación. El mismo régimen impugnativo se aplica a las resoluciones dictadas por árbitros mixtos.

Con todo, en el procedimiento seguido ante árbitros arbitradores, el sistema impugnativo no es aplicable de la misma manera que en el arbitraje de derecho o en el arbitraje mixto. Debido a las especiales características de este procedimiento, los recursos de casación en el fondo y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no proceden, el recurso de queja se conserva como recurso de mérito y no meramente disciplinario y el recurso de apelación es accidental⁴. El resto de los recursos conserva sus características salvo que las partes renuncien a ellos, como ocurre por ejemplo con el recurso de casación en la forma.

Los recursos procesales no son, sin embargo, el único medio del que dispone la ley para impugnar las resoluciones arbitrales. En nuestro ordenamiento jurídico, las partes pueden invalidar el arbitraje por medio de la acción ordinaria de nulidad, acción civil que en la práctica opera

³ SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, JM Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1993, págs. 10 y 11

⁴ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Algunas notas críticas al proyecto de ley sobre modificación del arbitraje*, Documento de Trabajo N° 17, Universidad de los Andes, Santiago, 1998, pág. 23.

como recurso procesal ya que permite la impugnación indirecta de las resoluciones arbitrales. Se dirige contra el convenio arbitral, sea compromiso o cláusula compromisoria, o el nombramiento convencional de árbitros y puede ser ejercida en distintas etapas procesales:

- antes del inicio del procedimiento arbitral, como oposición al nombramiento de árbitros;

- durante la tramitación del procedimiento, en cuyo caso constituye una cuestión de jurisdicción; o

- una vez concluido el arbitraje, si la acción no ha prescrito.

La acción de nulidad permite subsanar los defectos o errores que se verifiquen en la constitución del tribunal arbitral. Al denunciarse la existencia de una nulidad absoluta o relativa en la constitución del tribunal arbitral, éste pierde su jurisdicción cuando la nulidad es declarada por sentencia judicial. Ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 1687 del Código Civil: *"La nulidad judicialmente declarada restituye a las partes al estado en que se hallaban antes del acto o contrato nulo"*. En consecuencia, el árbitro retorna a su calidad de simple particular y como tal carece de jurisdicción y competencia para resolver controversias jurídicas válidamente. Todo lo obrado por él se anula y, por lo tanto, las resoluciones arbitrales pierden valor y eficacia.

La acción de nulidad funciona entonces como un verdadero recurso procesal, con la diferencia de que no se ejerce directamente sobre las resoluciones arbitrales, ya que ello es propio de los recursos, sino que se

dirige contra el nombramiento convencional de árbitros, el compromiso o la cláusula compromisoria nulos. Además, no permite la consolidación inmediata de los efectos del arbitraje, el cual queda condicionado en su eficacia al cumplimiento de los plazos de prescripción de la acción.

3.- El Recurso de Apelación en El Proyecto de Ley sobre Jueces Árbitros Y Procedimiento Arbitral

3.1.- Modificaciones que se proyecta introducir en los asuntos conocidos por Árbitros de Derecho y Árbitros Mixtos

Respecto del arbitraje de derecho, el texto aprobado por el Senado mantiene el mismo régimen de apelación actualmente existente. Además, se corrige el objeto de apelación al reemplazarse el vocablo "sentencia arbitral", contenido en el actual artículo 239 del COT, por la expresión "las resoluciones que dicten los árbitros de derecho". Con ello se fija el ámbito de las resoluciones susceptibles de apelación, el cual tratándose del arbitraje de derecho alcanza a las mismas resoluciones apelables dictadas por jueces ordinarios. Ello es criticable ya que la existencia de un régimen de recursos tan extenso contraría los principios de un procedimiento moderno.

En el arbitraje mixto, el texto innova al señalar como apelables y también susceptibles de otros recursos sólo a las sentencias definitivas, excluyendo con ello a las demás resoluciones arbitrales.

3.2.- Modificaciones que se proyecta introducir en los asuntos conocidos por Árbitros Arbitradores

Las innovaciones más considerables, sin embargo, se producen en el régimen aplicable al arbitraje de equidad. En primer término, la expresión "sentencia del arbitrador" a la que alude el artículo 642 del CPC es eliminada. En cambio, el proyectado nuevo artículo 642 del CPC establece en su inciso segundo que sólo serán susceptibles de apelación "las sentencias definitivas que dicten los árbitros arbitradores". También proceden en contra de este tipo de resoluciones los recursos de queja, de casación en la forma por las causales primera, cuarta, sexta y novena del artículo 768 del CPC y de aclaración, rectificación o enmienda.

En cuanto a la apelación, ésta conserva su carácter excepcional, debiendo las partes crear un tribunal arbitral arbitrador de segunda instancia para que sea posible. En caso de que efectivamente se constituya tal tribunal, la apelación procede sólo respecto de la sentencia definitiva de primera instancia.

La posibilidad de establecer el recurso en el compromiso se amplía a otros instrumentos o actos como son la cláusula compromisoria y el acto constitutivo del juicio arbitral. En consecuencia, las partes disponen de un mayor número de instrumentos en los cuales pueden establecer el tribunal arbitral arbitrador de segunda instancia. Se señala, además, que dicho tribunal puede ser unipersonal o colegiado.

Por último, el texto no admite la po-

sibilidad de renunciar anticipadamente a los recursos y considera tal renuncia como no escrita. Ello constituye una excepción contraria a la especial naturaleza del arbitraje de equidad. Más aún, es también contraria a la definición misma de los recursos, cuyo ejercicio es una facultad que la ley concede a las partes. Por esto es que generalmente los recursos pueden ser renunciados en forma expresa o tácita y aun anticipadamente.

3.3.- Procedencia de la Apelación en el Arbitraje de Equidad

En virtud del amplio régimen impugnativo procedente en contra de las resoluciones arbitrales, la ley admite la posibilidad de subsanar los errores *in procedendo* e *in iudicando* que en la resolución del conflicto puedan cometer los árbitros. En consecuencia, se establece que tanto la forma como el fondo de las decisiones arbitrales son susceptibles de revisión.

En lo que respecta a la anulación de fondo del laudo arbitral, específicamente a través del recurso de apelación, la situación en nuestro país históricamente no ha sido siempre homogénea ni uniforme. La propia Constitución de 1823, por ejemplo, establecía la inapelabilidad de las resoluciones del árbitro arbitrador.

Posteriormente, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 modificó dicha situación y permitió la apelación de las resoluciones arbitrales ante tribunales de derecho, cualquiera fuera la calidad del árbitro que las dictara en primera instancia, esto es, fueran árbitros de derecho, mixtos o arbitradores. Evidentemente

esta regulación no era coherente con la situación del arbitraje de equidad. En dicho procedimiento, el árbitro arbitrador fallaba obedeciendo únicamente los dictámenes de su prudencia y equidad, por lo que la revisión de sus resoluciones, si así se establecía, debía haber estado encargada a tribunales del mismo carácter y no a tribunales de derecho, como acontecía. La revisión de las resoluciones del árbitro arbitrador por un tribunal de derecho desnaturalizaba la función del arbitraje de equidad y constituía una grave inconsecuencia. Sólo con posterioridad el CPC (1902) y el COT (1943) subsanaron dicho error al disponer, en los artículos 642 y 239 respectivamente, la posibilidad de apelar de las sentencias de los árbitros: de las del árbitro de derecho, ante un tribunal de derecho y de las del árbitro arbitrador, ante un tribunal de equidad. En esta última situación, la ley dispuso que la apelación sólo sería posible cuando las partes hubieren hecho reserva del recurso en el instrumento constitutivo del compromiso para ante otros árbitros del mismo carácter. Estas disposiciones se encuentran vigentes y son las que regulan la materia en la actualidad.

Se ha producido, sin embargo, una controversia acerca de la conveniencia, mérito, procedencia, justificación o fundamento del recurso de apelación en el arbitraje. El tema no merece mayor discusión en el caso de los arbitrajes mixto y de derecho, ya que debido a que el árbitro falla dichos procedimientos atendiendo a las prescripciones de la ley, no hay inconveniente en que sus decisiones se encuentren sometidas al mismo régimen impugnativo de las

resoluciones judiciales ordinarias. Dicho de otra manera, como los árbitros mixtos y de derecho resuelven el fondo de la controversia como jueces ordinarios, esto es, conforme a derecho, es posible que sus resoluciones sean susceptibles de ser impugnadas por medio de los mismos recursos que se deducen en contra de las resoluciones dictadas por jueces ordinarios. En consecuencia, puede establecerse la procedencia del recurso de apelación y luego que éste no sufra modificaciones en su substanciación y tramitación respecto al procedimiento ordinario.

No ocurre lo mismo tratándose del arbitraje de equidad, ya que por su especial naturaleza -fallo prescindiendo de la ley y obedeciendo únicamente a criterios de prudencia y equidad- se suscitan dudas sobre la procedencia de la apelación. Al respecto, Alejandro LIRA señala lo siguiente: "*Nos parece más conforme a la naturaleza de las cosas no conceder la apelación contra el laudo de los arbitradores. Las partes nombraron un juez para que resolviera sus diferencias, apreciando los hechos con entera libertad de criterio, haciendo abstracción absoluta de las leyes, y obedeciendo sólo a lo que le inspirare su prudencia y natural equidad. Dictado el fallo, se han cumplido los propósitos de las partes. ¿De qué se apela entonces? ¿De qué es el resultado de la prudencia y equidad del juez? Pero, ¿no fue eso, precisamente, lo que al juez pidieron?... Apelar de la sentencia de un arbitrador es apelar las partes de su propio criterio. Quitaron al árbitro toda norma externa de conducta, declarando así que les bastaban los íntimos dictados de su conciencia. No tienen, pues, derecho a sentirse*

*agraviadas por algo que es la expresión de lo que pedían, por algo que deben aceptar también como la expresión del justo y equitativo juicio que se ha formado el árbitro de sus mutuas disensiones, porque a ningún hombre le es dado penetrar al santuario de la conciencia individual".*⁵

La opinión disidente está representada por ALIAGA, quien estima incorrecto dicho razonamiento "*puesto que surge de premisas equivocadas.(...) En efecto, (...) las partes no nombran un juez arbitrador para que resuelva sus diferencias con entera libertad de criterio, sino (...) obedeciendo a un criterio justo, prudente y naturalmente equitativo. Luego, si las partes apelan del fallo del arbitrador, no puede entenderse (...) que lo hacen porque éste es el resultado de la prudencia y equidad del juez, sino precisamente porque estiman lo contrario. Enseguida, las partes no han quitado al árbitro toda norma externa de conducta, sino que le han impuesto aquellas basadas en la prudencia y equidad natural.(...) En consecuencia, nos parece correcto el criterio de contemplar el recurso de apelación en contra de las resoluciones dictadas por amigables componedores, siempre y cuando éste sea resuelto por otros árbitros del mismo carácter (...).*"⁶

El tema no deja de ser controvertido y, por lo mismo, discernir al respecto constituye objetivo importante de esta investigación. Sin embargo, para poder discernir

acerca de la procedencia del recurso de apelación en el arbitraje es necesario distinguir el tipo de procedimiento arbitral en el que opera este medio de impugnación.

Respecto del arbitraje de derecho, ya hemos dicho que no caben dudas que el recurso de apelación es absolutamente procedente. El fundamento de esta aseveración se encuentra en la naturaleza misma del procedimiento que rige a su respecto: como el árbitro de derecho tramita y falla conforme a Derecho, es evidente que sus resoluciones deben ser susceptibles de impugnación a través de los mismos recursos que la ley normalmente dispone para impugnar las resoluciones fundadas en derecho. Formalmente, el árbitro de derecho es un mero juez ordinario con la diferencia de que ha sido investido como tribunal en forma privada por las partes. Dicho de otra manera, en el arbitraje de derecho lo único que varía en relación a la justicia ordinaria es el tribunal, por lo que no resulta incongruente que las resoluciones dictadas en ese procedimiento deban someterse al mismo sistema de recursos que la ley establece para la impugnación de las resoluciones judiciales ordinarias. En ese sentido, al formar parte de ese sistema de recursos, el recurso de apelación es plenamente aplicable en esta modalidad de arbitraje. Lo mismo ocurre en el arbitraje mixto, ya que en dicho procedimiento el árbitro también falla conforme a Derecho.

Tratándose del arbitraje de equidad, sin embargo, la situación es distinta. La discusión acerca de la procedencia del recurso de apelación en dicho procedimiento arbitral ha sido zanjada por el actual legislador

⁵ LIRA Y LIRA, Alejandro, citado por ALIAGA GREZ, *op. cit.*, págs. 38 y 39.

⁶ ALIAGA GREZ, *op. cit.*, págs. 39 y 40.

nacional al permitir su interposición en contra de las resoluciones dictadas por el árbitro arbitrador.

Sin embargo, el proyecto de ley original de reforma de la justicia arbitral, despachado por el Ejecutivo el año 1992, buscó modificar dicha situación y, en aras de la celeridad del procedimiento arbitral⁷, suprimió la apelación en contra de la sentencia definitiva del árbitro arbitrador⁸.

Empero, en octubre de 1995, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado corrigió dicho proyecto y propuso volver a la situación actual autorizando la apelación contra resoluciones dictadas por esta clase de árbitros, con la salvedad de que sólo las sentencias definitivas serían apelables y ante una segunda instancia arbitral de equidad⁹.

⁷ «... se suprimen todos los recursos ordinarios contra resoluciones que no sean la sentencia definitiva, buscándose así la aceleración del procedimiento arbitral.», MENSAJE DEL PROYECTO DE LEY SOBRE JUECES ÁRBITROS Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL, Diario de sesiones del Senado, sección 10ª (anexo de documentos), 1992, pág. 1005.

⁸ El inciso primero del artículo 240 COT de dicho proyecto señala: «Contra la sentencia definitiva dictada por un árbitro arbitrador, no procederán otros recursos que los de aclaración, rectificación o enmienda y de casación en la forma.», citado, pág. 1010. 36.

⁹ Artículo 642 inciso segundo CPC: «Las sentencias definitivas que dicten los árbitros arbitradores sólo son susceptibles de los siguientes recursos: de apelación cuando las partes hayan establecido un tribunal arbitral arbitrador de segunda instancia, de queja, de casación en la forma por las causales primera, cuarta, sexta y novena del artículo 768 y de aclaración, rectificación o enmienda.», citado, pág. 36.

Al respecto, cabe señalar que el proyecto original se acercaba bastante a la situación deseable en la materia, considerando las características del arbitraje de equidad. Es evidente que el arbitraje de equidad es distinto por naturaleza del arbitraje de derecho, de tal manera que es considerado el verdadero arbitraje, el arbitraje por esencia, aquel en el cual se cumple a cabalidad con la voluntad de las partes y con los motivos que las inducen a recurrir a la justicia arbitral. En el arbitraje de equidad, las partes gozan de una libertad casi absoluta para determinar tanto las reglas a las cuales someten el procedimiento como la persona encargada de dirimir la contienda. Por lo tanto, las partes concurren con plena confianza a un medio de solución de controversias que, además de garantizarles la posibilidad de elegir el procedimiento y la persona del árbitro, se caracteriza por asegurarles rapidez en la solución del litigio, economía y certidumbre, sin que pueda decirse lo mismo respecto de los demás procedimientos arbitrales.

Como modalidad distinta del arbitraje de derecho, especial y específica, el arbitraje de equidad debe contar con sus propias características procedimentales que le permitan distinguirlo y diferenciarlo de los procedimientos de la justicia ordinaria y lo alcen como una verdadera alternativa a ella. Dentro de esas características especiales y diferenciadoras se encuentran los medios de impugnación. El arbitraje de equidad no puede estar sometido al mismo régimen impugnativo del arbitraje de derecho puesto que constituyen procedimientos esencialmente diferentes y distintos por naturaleza.

El arbitraje de derecho se encuentra regido por el mismo sistema de recursos procesales que rige a la justicia ordinaria, el cual, a su vez no puede ser igualmente aplicable en el arbitraje de equidad. El arbitraje de equidad debe tener un sistema de recursos procesales ad-hoc, propio, específico, que guarde relación y sea acorde con su especial naturaleza y que lo diferencie y distancie del arbitraje de derecho. Sólo así podrá constituir una real alternativa de justicia que invite a las partes a recurrir a ella y, por consiguiente, les permita esquivar las deficiencias de la justicia ordinaria¹⁰.

Este régimen impugnativo propio y especial del arbitraje de equidad debe ser, en virtud de las características de dicho procedimiento, restringido y limitado en cuanto a la forma y el fondo. La interposición de recursos en contra de las resoluciones dictadas por el árbitro arbitrador atenta contra la naturaleza misma del arbitraje de equidad y constituye una contradicción. La constatación más patente de ello se verifica enfrente del recurso de apelación, el cual no debe ser admitido en este tipo de arbitraje ya que de otro modo se contradirían los fines y motivos que las partes han tenido en cuenta al momento de recurrir a la justicia arbitral, en especial a la de equidad. En efecto, las partes recurren al arbitraje de equidad porque se trata de un procedimiento esencialmente rápido, exento de trámites burocráticos y flexible. Al respecto, es especialmente idóneo en materias comerciales ya que el desarrollo actual de la actividad comercial ha alcanzado una dinámica y un

nivel tan altos de complejidad técnica que la resolución de los conflictos que en virtud de ella se generan requiere de medios de solución igualmente ágiles y eficientes. En consecuencia, la interposición de recursos procesales y más todavía de recursos de lato conocimiento como el de apelación, entorpece la pronta solución que dichos procedimientos exigen, prolonga indefinidamente el litigio, amenaza con tornar ineficaz la actividad judicial y vulnera de paso la voluntad inicial de las partes¹¹. Ello ocurre en especial con el recurso de apelación, que por estructurarse en torno a una causal genérica de impugnación constituye un incentivo a las partes para dilatar la solución del conflicto mediante su interposición abusiva, contradiciendo el espíritu subyacente en el arbitraje de equidad.

El recurso de apelación no sólo atenta contra la celeridad del procedimiento, sino también contra los íntimos deseos de las partes en lo relativo a la solución de la controversia. Recurrir al arbitraje es un acto inequívoco de querer solucionar un conflicto de intereses; decidir que sea en conciencia es el grado máximo de deseo por terminar y aclarar de raíz una incertidumbre¹². Para ello, la ley otorga a las partes la libertad de elegir dos elementos claves en el arbitraje de equidad: las reglas procedimentales y, lo que es más importante aún, la persona des-

¹¹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Comentarios procesales*, Editorial EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1994, pág. 45.

¹² PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto y MARTINEZ NEIRA, Néstor H., *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1988, pág. 32.

¹⁰ ROMERO SEQUEL, *op. cit.*, págs. 24 y 25.

tinada a resolver el conflicto. El árbitro arbitrador es, en la mayoría de los casos, una persona digna de la confianza de las partes, especialista en determinadas materias técnicas, dotada de una vasta experiencia profesional y de una conciencia moral intachable. La impugnabilidad de toda resolución constituye una manifestación de desconfianza hacia el juez¹³. Por lo tanto, admitir la posibilidad de revisar las decisiones de una persona en la cual los litigantes han depositado un alto grado de confianza resulta simplemente contradictorio con la voluntad de las partes. La admisión del recurso de apelación, en consecuencia, contradice la esencia del arbitraje de equidad, considerando además que la causal genérica que constituye el motivo de impugnación, esto es, el gravamen, es un elemento subjetivo de difícil determinación y cuantificación objetiva.

El sistema de recursos procesales propio del arbitraje de equidad debe orientarse al cumplimiento de los fines y expectativas de las partes en el sentido de otorgarles confianza y servir a la promoción de la celeridad procedimental. La tendencia actual en el Derecho Comparado es al establecimiento de tribunales colegiados que resuelven en única instancia, lo cual asegura un procedimiento rápido y con menos posibilidad de error por parte de los jueces, en virtud de la integración del Tribunal¹⁴. El arbitraje de equidad debe aprovechar dicha tendencia y, por lo tanto, su sistema

impugnativo no debe contemplar la posibilidad de examinar el fondo de las resoluciones arbitrales, esto es, no debe admitir el recurso de apelación, ya que el conocimiento del asunto por más de una persona asegura en parte la mejor resolución del litigio. Con todo, dicho cuadro debe completarse, de tal manera que se perfeccionará sólo en la medida en que exista un recurso procesal destinado a proteger las garantías del proceso.

3.4.- Necesidad de contemplar un recurso especial en materia de Arbitraje de Equidad

Para que el arbitraje de equidad constituya un procedimiento ágil, eficiente y seguro, su régimen impugnativo debe admitir un recurso procesal que resguarde las formalidades procesales, esto es, que admita la posibilidad de controlar y fiscalizar las normas del debido proceso, además de las normas de orden público de carácter irrenunciable.

En ese sentido, es necesario incorporar a nuestra legislación arbitral un recurso de anulación o nulidad que, al igual como ocurre en el Derecho Comparado, proteja a las partes de las infracciones e irregularidades que se puedan cometer en la tramitación del procedimiento. Dicho recurso debe contar con causales específicas de impugnación de tal manera que la intervención de la justicia ordinaria sea excepcional y esté destinada sólo al control de las garantías procesales. En ningún caso debe operar como una nueva instancia que permita revisar el fondo de lo resuelto, sino que debe orientarse a la protección de las normas del

¹³ CAROCCA PÉREZ, Alex, *Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1997, pág. 18.

¹⁴ CAROCCA PÉREZ, *op. cit.*, pág. 60.

debido proceso¹⁵.

La incorporación de este recurso al sistema impugnativo del arbitraje de equidad se justifica en virtud de la falta de un instrumento práctico y eficaz que permita hacer exigible el mandato constitucional de la garantía del debido proceso señalada en el artículo 19 número 3 inciso quinto de la Constitución Política de 1980. La ausencia de una herramienta que haga exigible dicha garantía no sólo afecta al arbitraje de equidad o al arbitraje en general, sino a todo el sistema procesal civil.

En principio, la garantía constitucional del debido proceso alcanza a todo procedimiento arbitral. En efecto, el artículo 19 número 3 inciso quinto de la Constitución dispone que “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”. Siendo el tribunal arbitral un órgano que ejerce jurisdicción (aunque desprovisto de imperio), sus resoluciones deben ajustarse a las normas del debido proceso. Ello constituiría garantía suficiente del arbitraje ya que se trata de la garantía más amplia que contempla el sistema procesal chileno.

En nuestro país, sin embargo, el contenido de la garantía del debido proceso no se encuentra suficientemente determinado. A ello se suma el hecho de que nuestro sistema procesal no dispone de algún medio

eficaz para exigir el cumplimiento de dicha garantía. El único mecanismo contemplado por el constituyente para el resguardo de las garantías constitucionales es el Recurso de Protección, el cual, sin embargo, inexplicablemente excluyó de su ámbito de tutela a las normas del debido proceso. Efectivamente, el artículo 20 de la Constitución, que consagra dicha acción constitucional, enumera en forma taxativa las garantías susceptibles de resguardo. Con todo, dicha enumeración omite al artículo 19 número 3 inciso quinto. En cambio, señala que la protección alcanza sólo al inciso cuarto.

Para llenar dicho vacío sólo cabe recurrir a los tratados internacionales ratificados por Chile. Entre ellos cabe citar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y al Pacto de San José de Costa Rica (1969), los cuales en sus artículos 14 y 8 respectivamente, enumeran y detallan las garantías del debido proceso¹⁶.

En consecuencia, para que el arbitraje de equidad sea una alternativa de justicia confiable, segura y garantista, requiere de un recurso específico que supla el vacío constitucional del debido proceso. En ese sentido, dicho recurso debe recoger la experiencia comparada e incorporar causales taxativas de impugnación referidas al examen formal del procedimiento arbitral, a las normas de orden público y a la garantía del debido proceso. Entre dichas causales pueden mencionarse la omisión de trámites esenciales (notificación, prueba, nombramiento de árbitro) o la existencia de vicios

¹⁵ ROMERO SEGUEL, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁶ CAROCCA PÉREZ, *op. cit.*, págs. 33, 80 y 81.

del procedimiento, la resolución por el árbitro de puntos no sometidos a arbitraje (ultrapetita) y la existencia de errores aritméticos o de cálculo en la sentencia definitiva, entre otras.

Además, es necesario que regule la acción ordinaria de nulidad, de tal manera que una de las causales de impugnación se refiera expresamente a la situación del nombramiento convencional de árbitros, compromiso o cláusula compromisoria nulos. Para ello, los plazos de prescripción de la acción deben reducirse y señalarse en cambio un plazo breve para su ejercicio, contado desde el perfeccionamiento del acto civil o desde la notificación de la sentencia definitiva. Así se evitará que los vicios o defectos en la constitución del tribunal arbitral perjudiquen al arbitraje y dificulten la consolidación definitiva de sus efectos.

«INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA ACERCA DEL PROCESO Y RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO TÉCNICA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO JUDICIAL»¹

Carolina Purcell Torretti²
Ana Paulina Arrue Rodríguez
Carmen Gloria Muñoz Gutiérrez

Agradecemos la oportunidad que nos brinda el "Centro de Resolución Alternativa de Conflictos" (CREA), de la Universidad Católica de Temuco de dar a conocer nuestra investigación.

Nuestro objetivo general fue "Producir un conocimiento preliminar acerca del proceso y resultados de la aplicación de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos en el ámbito judicial". En cuanto a los objetivos específicos, estos fueron: contrastar los supuestos teóricos en que se basa la mediación, con la forma que asume el desarrollo de este proceso en la empiria; conocer la satisfacción de los sujetos usuarios de la mediación, respecto al proceso y resultado de la aplicación de esta técnica. Finalmente, conocer y describir los resultados de la aplicación de la mediación en el ámbito judicial.

Desde esta perspectiva, lo que pretendimos, fue responder al desafío de iluminar, aunque de manera parcial, este ámbito del saber y de la praxis, y así por medio del planteamiento de hipótesis y nuevas interrogantes, abrir camino a futuras investigaciones y estudios.

1. Aspectos Metodológicos.

Nuestra investigación se sitúa dentro del Paradigma Analítico-Explicativo como enfoque teórico-metodológico orientador de este proceso. Se aspiró a generar un conocimiento de índole descriptivo más que explicativo. Se utilizó la encuesta como técnica de recolección de información.

La unidad de análisis estuvo conformada por personas que habían participado en un proceso de mediación, desarrollado en el Centro de Mediación de Santiago, dependiente de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, entre el 01 de agosto de 1996 y el 31 de Enero de 1997.

Esta delimitación de la población obedece a la búsqueda de control de posibles factores intervinientes, a saber:

¹ Este artículo es una síntesis de una investigación realizada en 1997 obteniendo el 3er lugar en el "1er Concurso de Memorias en Resolución Alternativa de Conflictos", realizado por el Proyecto CREA.

² Asistentes Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile

1. La experiencia de los mediadores en la aplicación de la técnica. En este sentido se consideró un periodo de 3 meses, desde el inicio de sus intervenciones, como plazo para el alcance de un nivel adecuado en el ejercicio de la mediación.

2. La influencia del factor temporal en la observación de los resultados del proceso. Para ello se estimó un plazo mínimo de 6 meses, desde el egreso del caso, hasta la fecha de inicio del trabajo de campo o de selección de la muestra.

El tipo de muestra elegida corresponde al muestreo aleatorio estratificado no proporcional. Dentro de los tipos de muestreo aleatorio se optó por el muestreo por estratos, tomando de ellos, muestras aleatorias simples.

En aquellas materias que presentaban un número mayor de casos en la población, se optó por elegir una cantidad estadísticamente representativa. En aquellas con un número absoluto menor de casos, se optó por seleccionar la totalidad de ellos. De esta manera, de un total de 101 casos que constituyen la población, fueron seleccionados 44 casos (88 personas) para la constitución de la muestra; la distribución por materias es la siguiente: 15 de familia (16 personas entrevistadas); 8 de vivienda (10 personas entrevistadas); 7 de índole comercial (10 personas entrevistadas); 6 de carácter laboral (3 personas entrevistadas); 2 comunitarios (3 personas entrevistadas), y 6 de otras materias³ (8 personas entrevista-

tadas).

De acuerdo a la naturaleza del proceso de mediación, cada caso involucra al menos a dos personas, la parte A corresponde a quien solicita la mediación, (26 personas) y la parte B a la contraparte, (24 personas), correspondiendo la muestra a 24 mujeres y 26 hombres.

Luego de la etapa de trabajo de campo, y del consiguiente proceso de normalización de las encuestas aplicadas, la muestra definitiva quedó constituida por un total de 38 casos, con 50 entrevistados. En 26 de estos sólo se encuestó a una de las partes y en 12 casos se encuestó a ambas. Las variables escogidas para la investigación fueron:

1. Supuestos de la Mediación: corresponde una serie de principios generales que subyacen, orientan y determinan que el proceso que se está llevando a cabo es una mediación. Las dimensiones de ésta variable fueron: neutralidad; voluntariedad; deuterioaprendizaje; confidencialidad; auto composición; colaboración y dialógica

desavenencias familiares, alimentos particiones, desavenencias conyugales, tuición y herencias. Vivienda: incluye arrendamientos, daños a la propiedad, desalojos y comodatos. Comerciales: se consideran cobros, compraventas, deudas y devoluciones, estafas, créditos, apropiación indebida y disoluciones de sociedades. Laborales: considera cobro de honorarios, trabajos no pagados, indemnizaciones, desahucios, contratos e incumplimiento de deudas. Comunitarios: se refiere a conflictos vecinales, muros medianeros, riñas, cierres deslindes, gastos comunes y ambientales. Otros: contempla choques automovilísticos, lesiones menores, injuria, negligencias y atropellos.

³Materias de mediación: Familiares: contempla

2. Resultado: se refiere al producto de la participación en el proceso, tanto de las partes como del mediador, durante un proceso de mediación; tiene como fin último la resolución de un conflicto. Las dimensiones de esta variable fueron: logro del acuerdo y cumplimiento del acuerdo.

3. Satisfacción: es la coherencia entre las expectativas y lo efectivamente obtenido por las partes en conflicto durante el proceso de mediación. Las dimensiones de ésta variable fueron: satisfacción con el proceso; con el desempeño del mediador; con la duración; con el acuerdo.

A su vez las variables moderadoras que escogimos fueron: sexo, edad, nivel educacional, parte encuestada (A o B) y materia de mediación.

Por último, el nivel de medición de las variables y de los ítems corresponden a un nivel nominal y ordinal, por tratarse de una investigación exploratoria.

2. Resultados y algunas interrogantes.

Dado lo breve de este artículo sólo se hará mención a algunos resultados e interrogantes de nuestros hallazgos más relevantes.

2.1 Supuestos de Mediación.

Neutralidad:

Respecto a la presencia o ausencia de la neutralidad, obtuvimos por lo general respuestas que nos permiten inferir que ésta es percibida e identificada en el proceso de mediación por una gran mayoría de los usuarios encuestados. Señalamos esto, en tanto

un 70% de los casos manifiesta que las necesidades e intereses de la otra parte fueron igualmente tomados en cuenta. Además un 82% consideró que el mediador "siempre" respetó sus opiniones e intereses. Por último, un 90% de los encuestados sostuvo que "siempre" tuvo la misma oportunidad para expresarse.

La minoría restante percibió un grado de parcialidad en la mediación. Surgen entonces dudas. ¿Por qué en algunos casos se reconoce la neutralidad (pudiendo inferir que ésta efectivamente existe) y en otros se reconoce la parcialidad o falta de neutralidad?. ¿Será tal vez, la respuesta a esta interrogante, la aplicación de la "neutralidad benévola" planteada por Bonafe, aplicándose al encontrarse el mediador frente a desequilibrios de poder entre las partes?. (Bonafe, 1992). Surge entonces otra reflexión que Bonafe plantea, y ésta se refiere a la presencia de los valores del mediador y si los que debieran prevalecer deberían ser los propios, los valores dominantes en la sociedad, el ordenamiento jurídico vigente, o si deben ser los valores de las partes.

La incógnita que nace, es si corresponde o no darle más poder a una de las partes, surgiendo entonces el peligro del abuso de poder que el mediador se tome o se le confiera dentro del proceso de mediación.

Finalmente, creemos que la neutralidad, es algo que no ocurre, por lo que estimamos que se debería abandonar esta idea, aludiendo más bien al concepto de equidistancia o imparcialidad. Esto implicaría preocuparse, como mencionan Folger y Jones,

de los problemas prácticos de esta no neutralidad, especificando las formas aceptables de influencia del mediador. Cuáles de éstas deben hacerse explícitas, e identificar la forma en que los discursos del mediador y disputantes definen y dan forma a la interacción durante el proceso. (Folger y Jones, 1997:305-306).

Deuteroaprendizaje:

Un 80% de los casos, manifestó que la mediación si tiene aspectos positivos en tanto un 18% opina lo contrario.

Entre los positivos se menciona el hecho de no ser un proceso confrontacional, en donde se deben respetar unos a otros; también la rapidez de la mediación versus la de los juicios, además de evitarlos. Finalmente, mencionan la orientación y atención personalizada de ésta.

Entre el 18% de quienes no responden directamente, algunos mencionan que, dependía de la gravedad del problema la forma de resolución que adoptarían. "El depende", pone en evidencia que la mediación no es la panacea a todos los conflictos. Quedan algunos excluidos de ésta, como son los derivados de violencia intrafamiliar o algunas materias penales. En tanto, otras materias que son mediadas podrían encontrar una solución más adecuada en otras alternativas judiciales, debido a distintas razones. Entre ellas, la relación entre las partes, desigualdades de poder, etc.

Nos encontramos por otra parte con que un 66% de los casos considera que la mediación no tiene aspectos negativos y un

28% indica lo contrario, a saber: la no obligatoriedad del cumplimiento de los acuerdos, lo que dice relación con la etapa en la que se encontraba la mediación en Chile al momento de realizar nuestra investigación. El segundo aspecto mencionado, es la burocracia de la mediación. Un tercer aspecto, es el que la mediación depende de los protagonistas, lo que constituye un aspecto central para el análisis de la mediación, ya que en ésta, no hay un orden rígido o procedimiento único y verificable para la resolución de un conflicto. De ahí entonces, la importancia tanto de la formación de buenos mediadores, como de la necesaria aprehensión de quienes participan en la mediación, de los elementos que la constituyen.

En caso de tener un problema similar un 44% señaló que lo resolvería a través de la mediación, justificándolo en: la valoración del diálogo, la buena calidad de la atención y el evitar un juicio. Un 24% lo resolvería sólo debido a la incredulidad en la justicia y un 22% lo haría a través de un juicio, por la confianza que tienen en la justicia, señalando como argumento que si la mediación tuviera validez legal, sí la usarían.

Confidencialidad:

La exploración de este supuesto fue especialmente complicado, siendo abordado sólo desde el punto de vista del usuario de la mediación, excluyendo la visión del mediador debido a opciones metodológicas.

Un 82% respondió que sí creían que esta información sería mantenida en reserva por el mediador. No podemos afirmar que

ésta se lleve a cabo por los mediadores, debido al carácter conjetural de las respuestas. Ahora bien, de ser efectivo lo que dicen los encuestados, es decir, que no se rompe la confidencialidad, ¿qué pasa entonces con la excepción al deber de confidencialidad? ¿O será la respuesta a esta interrogante el que los mediadores no rompen la confidencialidad?. (Aún cuando aparecen casos que lo ameriten). Cabe mencionar la relevancia de este tema, y la necesidad de reglamentarlo, ya que sólo existiendo parámetros comunes se facilitará una intervención más adecuada por parte de los mediadores, que clarifique los pasos a seguir, procurando de esta forma, no atentar contra derechos civiles ni tratados internacionales.

Autocomposición:

El 68% de las personas le atribuyen el logro del acuerdo al mediador, a sí mismos, y a la otra parte; un 16% lo atribuye sólo a la acción del mediador; un 8% lo atribuye al mediador y a su propia participación; un 4% a ambas partes y otro 4% se lo atribuye sólo a sí misma.

Si comparamos esta pregunta con la de sentirse forzado o no a aceptar el acuerdo, tenemos que, un 72% de los casos sintieron que no habían sido forzados a aceptar el acuerdo, en tanto un 28% sintió que sí fue forzado a aceptarlo.

Vemos entonces que este supuesto debe reforzarse, adquiriendo más autonomía las partes en conflicto y más protagonismo que el mediador en el planteamiento y resolución de sus conflictos.

Por otra parte encontramos que en el 60% de los casos se señala no haber sido obligado a participar ni forzado a aceptar el acuerdo, versus un 8% que señaló sí haber sido obligado a participar y también forzado a aceptar el acuerdo. En tanto un 20% indicó no haber sido obligado a participar, pero sí haber sido forzado a aceptar el acuerdo, y un 8% fue obligado a participar, pero no fue forzado a aceptar el acuerdo. No deja de ser alarmante la idea de un acuerdo forzado, o de una participación obligatoria. Esto debe ser considerado por los mediadores que intentan, a través de la mediación, a toda costa llegar a un acuerdo, muchas veces forzando una situación que no responde a las necesidades e intereses de ambas partes en conflicto, perdiendo el sentido de ésta.

Un 92% señaló que su participación fue importante para el logro del acuerdo. Se señala, por una parte, la importancia de una participación activa y por otra parte, se alude a la importancia de la presencia física. Un 88% considera que la participación de la otra parte fue importante para el logro del acuerdo, por las mismas razones anteriores. En tanto, un 12% sostuvo que la participación de la otra parte no fue importante.

Vemos entonces, que si bien un alto porcentaje manifiesta que su participación sí es importante para el logro del acuerdo, las razones muchas veces apuntan a la importancia de estar presentes, pero no activos ni con una autocomposición clara. A pesar de esto, en un 72% como señalamos anteriormente, los encuestados no se sintieron forzados a aceptar el acuerdo, lo que en relación a lo anterior podría interpretarse,

por un lado, como que los mediadores logran captar los intereses y necesidades de las partes y guían el proceso de tal forma que sí se responde a éstas, pero sin una participación mayor de las partes; por otro lado podría significar, que aún existiendo una participación importante de las partes - siendo reconocida por ellas- no logren visualizar su rol protagónico debido a la costumbre de que otro decida por ellos, sobre todo en los tipos de materia mediados. Se debe entonces aprender a ejercer la democracia al interior de la mediación y favorecer la autocomposición de las partes involucradas en el conflicto.

Colaboración:

Para abordar este supuesto se hicieron cuatro preguntas, la primera referida a la creencia de que la otra parte respetó sus opiniones e intereses, a lo que un 38% señaló que la otra parte "nunca" respetó sus opiniones e intereses, por una actitud inadecuada de la otra, esto "porque entró de partida mintiendo" "nunca respetó mis derechos", etc. En tanto un 30% dice que la otra parte "siempre" respetó sus opiniones e intereses y un 28% respondió que la otra parte "a veces" respetó sus opiniones e intereses.

Si bien no hay una diferencia muy significativa entre estas tres opciones, hay un porcentaje mayor de personas que cree que la otra parte nunca respetó sus opiniones e intereses; lo que no habla bien de la colaboración entre las partes, y nos plantea al respecto, grandes desafíos a futuro.

Frente a la pregunta inversa, de si trató de comprender los intereses y opinio-

nes de la otra parte, un 62% manifestó que "siempre" trató de comprender a la otra parte, un 18% "nunca" trató de comprenderla y un 16% dice "a veces".

Por otro lado, al preguntar si creen que tanto ellos como la otra parte ayudaron en la búsqueda de solución al problema, un 58% considera que no, debido a: falta de voluntad de la otra parte, falta de honestidad de la otra parte, rigidización de posiciones y desistimiento de la otra parte.

Un 36% cree que sí ayudaron ambas partes en la búsqueda de solución al problema, por evitar un juicio y porque participar implica una voluntad.

En suma, la mayoría reconoce tratar de comprender los intereses y opiniones de la otra parte. Sin embargo, la mayoría también señala que la otra parte no trató de comprender sus opiniones e intereses. Por otro lado una mayoría manifiesta que ambas partes no colaboraron en la búsqueda de solución a sus problemas.

De esto se puede deducir que en la mediación, el supuesto de colaboración permanece más bien en forma tácita que expresa, dando cuenta de una falencia de las partes para dar solución a sus problemas.

Sin embargo, del total de 50 casos encuestados, la mitad logró llegar a un acuerdo, entonces ¿cómo se explica esto sin contar con la colaboración de las partes?. Será que finalmente las partes cedieron más de lo que estaban dispuestas a dar, o simplemente se impuso algo que ellas no querían

firmar; de ser así, tendremos que ver qué pasa entonces con el cumplimiento de éstos acuerdos.

Finalmente podemos concluir, respecto a los supuestos de mediación, que en su mayoría todos son percibidos por los encuestados como presentes dentro de este proceso, sin embargo, en algunos casos al complementar las respuestas cuantitativas con las cualitativas, pudimos ver que quedan muchas interrogantes por responder y desafíos por resolver.

2.2 Resultados de la Mediación.

El porcentaje de logro de acuerdo es de un 50%. Las razones aludidas por los entrevistados que no llegaron a acuerdo (50%) son: la falta de obligatoriedad del acuerdo pactado, rigidización de las posiciones; falta de interés; ausencia de credibilidad y desistimientos de la otra parte, factores económicos, finalmente la intervención del mediador.

Un 32% de quienes llegaron a acuerdo, aluden cumplimiento del mismo, sumándose un 20% de cumplimiento parcial.

De la correlación entre la frecuencia de cumplimiento y las respuestas a la interrogante ¿Se sintió forzado a aceptar el acuerdo?, se observa que un alto porcentaje de quienes señalan cumplimiento (75%) declaran no haberse sentido forzados a aceptar el acuerdo.

Sin embargo, la mayoría de quienes declaran incumplimiento (81,82%) señalan no haberse sentido forzados a aceptar el

acuerdo.

Asimismo, la mayoría de quienes dan cuenta de un cumplimiento parcial (60%) aluden no haberse sentido forzados a aceptar el acuerdo.

Al parecer esta percepción de voluntariedad no tendría una influencia positiva en el cumplimiento del acuerdo, más bien, la naturaleza no obligatoria de la aceptación del acuerdo disminuiría la motivación de los participantes hacia el cumplimiento del mismo.

Si consideramos la correlación entre el logro del acuerdo y la satisfacción con la mediación como forma para resolver problemas, vemos que, la mayoría de los encuestados que alcanzaron acuerdo (84%) se manifiesta satisfecho respecto de este proceso. Incluso entre aquellos que no lograron acuerdo, se obtiene un índice de satisfacción con el proceso de mediación bastante significativo de (60%).

En atención a lo anterior, es posible suponer que la satisfacción de los usuarios con la mediación como forma para resolver conflictos, va más allá de su eficacia en el logro de acuerdos, y se relaciona con la naturaleza distintiva de esta forma de resolución de conflictos.

Entonces, ¿la satisfacción con el acuerdo sería una variable determinante en su cumplimiento?. El análisis de los datos parece demostrar que no.

Resulta interesante analizar la fre-

cuencia de logro de acuerdos, en cuanto a los tipos de materia a los que aluden. En este sentido, las materias en que predomina el logro de acuerdos, corresponden a aquellos conflictos agrupados en las categorías: comunitario en un 66,7% y comercial 60%. Mientras que en las materias de tipo laboral y familiar, el fracaso en el logro de acuerdo supera el logro de los mismos, con un 66,7% y un 62,5%, respectivamente. Para las disputas relativas a vivienda, el porcentaje de acuerdos iguala al de no acuerdos, con un 50%.

En cuanto a la frecuencia de cumplimiento para cada una de las materias aludidas, se observa que la que presenta mayor cumplimiento es la referida a asuntos de tipo laboral con un 100%, seguida de la categoría comercial con un 50%, familiar con 33,3%, vivienda 20% y finalmente comunitaria, en la que no se registra cumplimiento.

Situando nuestra reflexión en la correlación entre el logro del acuerdo y una de las variables relativas a las características de las partes, se observa que por sobre los 60 años de edad, disminuye considerablemente la frecuencia de acuerdos, porcentaje que se mantendría más o menos constante bajo este límite de edad. Así mismo, es en el rango 30 a 39 años donde se obtienen la mayor frecuencia de logro de acuerdo, con un 69,23%, mientras que en la categoría 70 a 79 años el 100% de los encuestados no alcanzó acuerdo.

En cuanto al cumplimiento del acuerdo por categorías educacionales, se observa

que a mayor educación existiría un menor cumplimiento de los acuerdos.

De lo anteriormente señalado, es posible concluir que, para la muestra estudiada, se obtiene un porcentaje significativo de acuerdos y cumplimientos, considerando lo reciente de la aplicación de esta técnica en Chile, y el carácter piloto de la experiencia objeto de investigación.

2.3 Satisfacción de los usuarios.

Se puede observar que del total de partes A que lograron acuerdo, el 69,23% quedó satisfecho con el mismo. Frente a esto, del total de partes B un 75% coincide en ello. Ahora bien, las personas consideran que la mediación, en cuanto al cumplimiento de los acuerdos, sería más efectiva si dichos arreglos estuvieran sometidos a la ratificación ante un ministro de fe (juez, mediador, etc.) con poder de hacerlo cumplir.

Se observa que, frente a acuerdos que se evalúan como satisfactorios por ambos involucrados, no existe un cumplimiento de ellos que manifieste tal satisfacción: del total de personas que lograron acuerdo sólo el 32% consideró que el acuerdo se cumplió.

Otro tema que es relevante de abordar es el relativo a los tiempos de duración y a los costos económicos implicados en cualquier conflicto. En términos comparativos, el tiempo invertido para alcanzar una solución a los conflictos, es menor a través de un proceso de mediación. Este tiempo en general no excede a un mes, con un promedio de 3 a 4 sesiones en este lapso, plazo

que es significativamente menor al tiempo requerido en un proceso judicial. Así, es posible observar que un 68% de los encuestados manifiesta que el tiempo de duración del proceso de mediación fue "suficiente" para alcanzar un arreglo. No se puede desconocer, sin embargo, que un 28% de los encuestados sostienen que el tiempo de duración es "poco", lo cual puede responder a la exigencia que se ha impuesto la mediación de acortar los procesos de resolución de conflictos, como manera de responder eficazmente frente a la lentitud de los procedimientos tradicionales, pudiendo producir con ello acuerdos precipitados.

Por último del total de encuestados un 76% recomendaría la mediación a un familiar o amigo, destacándose la valoración del diálogo. El 24% restante no la recomendaría, sosteniendo como argumento la ineficacia de la técnica.

Bibliografía Consultada

1. Purcell, Arrué y Muñoz: *"Investigación exploratoria acerca del proceso y resultados de la aplicación de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos en el ámbito judicial"*. Santiago, Chile. 1997.
2. Bonafé-Schmitt, Jean Pierre: *"La Mediación: Una Justicia Dulce"*. Edición Syros/Alternatives, Paris, Francia. 1992.
3. Folger y Jones: *"Nuevas Direcciones en Mediación"*. Editorial Paidós. Buenos Aires, Argentina. 1997.