

REVISTA  
Número 3  
Año 2002

CREA

Centro de Resolución Alternativa de Conflictos



REVISTA

# CREA

Centro de Resolución Alternativa de Conflictos

Universidad Católica de Temuco • Año 1 • N° 3 • 2002



## **Dirección**

*Sofía Libedínsky Ventura*

## **Comité Editorial**

*Marcela Momborg Marcón.*

*Karen Atala Riffó.*

*Rodrigo Coloma Correa.*

## **Colaboradores**

*Scarlete Lagos Fuentes*

*Rodrigo Lillo Vera*

*Alejandra Cid Droppelman*

*Alejandra Lir Díaz*

## **Revista CREA**

© Escuela de Derecho

Universidad Católica de Temuco

Fono-Fax: (56-45) 205 317

Manuel Montt 56 Campus San Francisco

Edificio F 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

## ARTICULOS

- «Sistema en conflicto» .....11  
Análisis de la Teoría del Conflicto dentro de un sistema.  
NILDA SUSANA GORVEIN
- Mediación Escolar .....20  
ALEJANDRA CID DROPELMANN - DORIS SILVA ALARCON.
- El arbitraje comercial internacional: OMPI vs CCI.....40  
ELENA MARTINEZ GARCIA
- Conflictos ambientales en territorios indígenas.....70  
RODRIGO LILLO VERA
- “Todas las sociedades tienen ciertas normas, y en el caso del pueblo.....113  
Mapuche, estas normas exigen cierto comportamiento frente a todos  
los elementos de la naturaleza”. Entrevista al Machi Victor Cantullan.  
RODRIGO LILLO V. – SOFIA LIBEDINSKY V.

# Índice

## PONENCIAS

- «Comentarios sobre la creación y competencia de los Tribunales de Familia .....127  
en el proyecto de ley de mayo de 2001»  
PEDRO HIDALGO SARZOSA
- «Comentarios críticos al proyecto de ley que crea los Tribunales de familia» .....133  
GONZALO CORTEZ MATCOVICH
- «La mediación en el Proyecto de Ley de Tribunales de Familia .....145  
MACARENA VARGAS PAVEZ
- «Mediación familiar y derechos del niño. Una aproximación» ..... 159  
FELIPE VIVEROS CAVI-DES
- «Experiencias de mediación en Chile» .....178  
MARCELA LE ROY BARRIA
- «Centro de mediación de Santiago «experiencia y desafíos futuros» .....185  
JORGE BURGOS PIZARRO
- «El patchwork de una mediadora» .....191  
NURIA VILLANUEVA REY

## CONCURSO DE MEMORIAS

- El Abogado en la mediación .....215  
LORETO GAELLE BARRERA
- Extracto de la Tesis denominada «Impacto Comunicativo y aprendizaje de la .....230  
mediación en los sistemas familiares. Análisis de una experiencia»  
SARVIA MURILLO FIGUEROA  
CARLA PRÚS FLORES  
YASNA VEJAR HERREROS

# Editorial

La resolución alternativa de conflictos hace tres años -cuando comenzamos a trabajar el tema y publicamos la primera revista especializada sobre esta área- resultaba un tema más bien marginal y poco conocido en nuestro medio: la mediación recién comenzaba a mostrar sus ventajas y variadas posibilidades, generando dudas y prevenciones en cuanto a su aplicabilidad. Sin embargo, hoy podemos dar cuenta de cambios sustantivos en nuestro país, al respecto. Contamos con centros de mediación en diversas zonas de Chile, se imparten cursos de capacitación en distintas áreas de la mediación y negociación, y esta revista, sobre resolución alternativa de conflictos, se ha ido consolidando en nuestro medio.

Los esfuerzos de un grupo de personas, ya muestran resultados y se puede discutir acerca de la mediación sin tener que explicar previamente su significado, y dentro de estos esfuerzos el Proyecto Crea ha tenido un rol importante. Nuestras acciones se encaminan hoy a la consolidación del centro de mediación, donde recibimos personas derivadas de instituciones, tales como, Juzgados de Menores, Servicio Nacional de la Mujer, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, entre otras, así como agrupaciones de la sociedad civil, básicamente juntas de vecinos. También recibimos personas que nos han podido conocer a través de la recomendación de otros que se han vis-

to favorecido por sus servicios. Para poder atenderlos se encuentra trabajando activamente un grupo de mediadores, facilitando la solución de conflictos en diversas materias, logrando un alto nivel de satisfacción entre las personas que concurren a éste. Por otro lado, hemos colaborado con la capacitación de muchas personas tanto en la zona como en otros lugares del país, aportando conocimientos y experiencia, así como invitando a personalidades de la mediación y la negociación en otros países, donde el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos se encuentra ya consolidado.

La discusión ocupa un lugar importante en el desarrollo de esta temática, ya que al ser una área de desarrollo bastante reciente, requiere que vaya adquiriendo un carácter propio y particular en su implementación en nuestro país. Es así como realizamos dos Congresos el año recién pasado: en el primero se problematizó la posibilidad de generar formas de resolución de los distintos conflictos que hoy enfrentan los mapuche respecto de distintos proyectos que se están implementando en nuestro país; y el segundo fue sobre mediación, justicia y tribunales de familia. En este último, se trató el proyecto que crea los Tribunales de Familia donde la mediación tendrá un rol fundamental.

Algunas de las ponencias que allí

se discutieron se incluyen en este número de la revista Crea, ya que pensamos que resultaba importante dar cuenta de las temáticas que hoy se están discutiendo en la mediación familiar, como asimismo, generar instancias de participación de la comunidad en relación a esta importante reforma que se está llevando a cabo.

Dado que nos parece importante mantener una perspectiva regional, tanto en el número anterior como en el presente, se incluyen artículos relativos a problemáticas locales, así como una entrevista a un machi, donde queda plasmada la sabiduría mapuche en torno a la resolución de conflictos. Por otra parte, la inclusión de un extracto de las tesis ganadoras de los concursos que hemos organizado para premiar las mejores creaciones a este nivel, da cuenta de las múltiples posibilidades de investigación y estudio que presenta la resolución de conflictos, donde nuevas generaciones de estudiantes de distintas carreras pueden trabajar esta área.

Esperamos que este número de la revista Crea sea una vez más un aporte a la discusión, ya que ésta es el motor que hace que las temáticas se desarrollen y puedan ir impulsando los cambios necesarios útiles a construir un país donde el diálogo sea la herramienta principal para la solución de conflictos

Sofía Libedinsky Ventura  
Directora Proyecto Crea  
Universidad Católica de Temuco

Marzo, 2002.

# Artículos

**«Sistema en conflicto» Análisis de la Teoría del Conflicto dentro de un sistema.**

NILDA SUSANA GORVEIN

**Mediación Escolar .**

ALEJANDRA CID DROPPER MANN

DORIS SILVA ALARCON.

**El arbitraje comercial internacional: OMPI vs CCI**

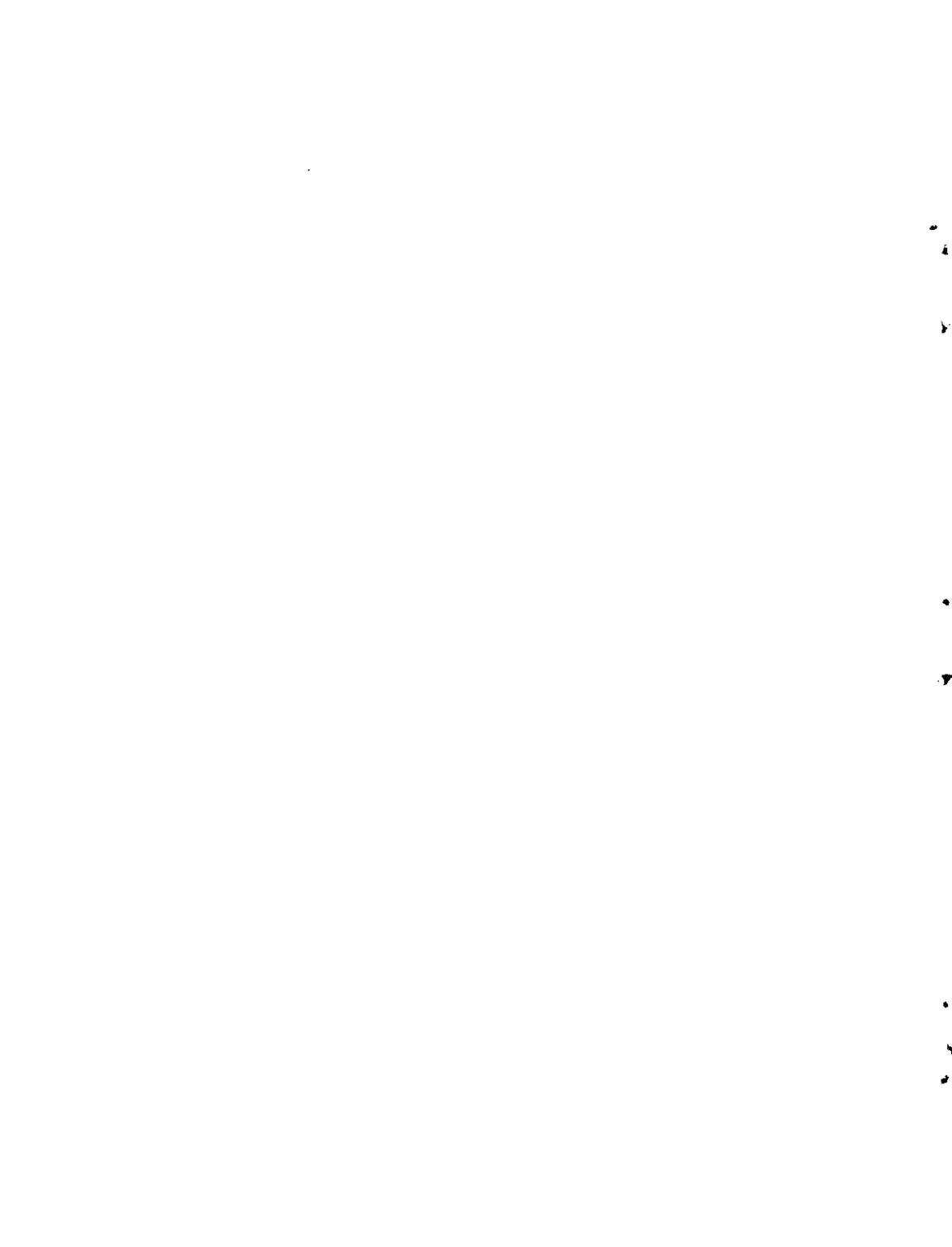
ELENA MARTINEZ GARCIA

**Conflictos ambientales en territorios indígenas.**

RODRIGO LILLO VERA

**“Todas las sociedades tienen ciertas normas, y en el caso del pueblo Mapuche, estas normas exigen cierto comportamiento frente a todos los elementos de la naturaleza”. Entrevista al Machi Victor Caniullan.**

RODRIGO LILLO V. — SOFIA LIBEDINSKY V.



# «SISTEMA EN CONFLICTO» Análisis de la Teoría del Conflicto dentro de un sistema.

Nilda Susana Gorvein  
Abogada y mediadora argentina.

## I) OBJETIVOS DEL TRABAJO:

El objetivo de este trabajo será conectar los grandes temas que trata la Teoría del Conflicto, con otras disciplinas que abren un abanico de alternativas y estrategias para la mejor administración y manejo de los conflictos.

Entendemos que el mediador es un operador de conflictos, su tarea está centrada en descubrir el verdadero problema que las partes deben resolver, luego de lo cual debe poner en juego múltiples recursos para conducir el proceso de mediación y facilitar el contexto apropiado para que los actores recuperen la responsabilidad que les cabe en el conflicto y la capacidad de acordar respecto de todos aquellos temas en los que no están de acuerdo.

Sin lugar a dudas conocer el lenguaje, la conmutación y el contexto donde se ha producido el conflicto ayudan al mediador, por ello entendemos que los conceptos que desarrollaremos son de sumo interés para su formación y perfeccionamiento como operador.

Nos concentraremos en este caso en los conflictos de objeto múltiple, es decir aquellos que traen consigo más de una causa que los ha generado.

## II) INTRODUCCIÓN:

Partiremos de la base que todo conflicto se desarrolla siempre dentro de un sistema y que el conflicto que vamos a analizar se da en un sistema de relaciones interpersonales, básicamente en interacciones humanas.

Por lo tanto, la primera pregunta que surge es: ¿Qué es un sistema? Así diremos que sistema es cualquier unidad que incluya una estructura de retroalimentación y por lo tanto capaz de procesar información. (1) Quienes coincidimos con la Teoría Sistémica, sabemos que nuestra tarea supone trabajar con una nueva unidad social, que puede estar representada por una familia, una empresa o cualquier otra clase de organización social.

Siguiendo a Gregory Bateson, esta línea de pensamiento nos lleva necesariamente a una nueva epistemología, es decir, a una nueva forma de pensar qué es una mente y una nueva Ontología, esto es, un nuevo lugar que ocupa el hombre en el mundo.

A partir de esta nueva forma de visualizar el mundo, podríamos hacer una división entre aquellos que piensan:

- a) En términos de «sistemas»
- b) En términos de secuencias lineales de

## CAUSA y EFECTO

2) El siguiente tema a analizar es que todo conflicto se da en un contexto determinado. Ampliando la definición, podríamos hablar de diferentes escenarios donde el conflicto tiene lugar.

Esto nos sirve para analizar los fenómenos de la realidad, pero no aislados del contexto donde se originan. Al respecto dice Watzlawick:

«Un fenómeno parece inexplicable en tanto el margen de observación no es suficientemente amplio como para incluir el contexto en que dicho fenómeno tiene lugar». (2)

La regla básica de la Teoría de los Sistemas, es que, si uno pretende comprender algún fenómeno o manifestación, o conflicto, debe considerarlo dentro del contexto de todos los circuitos completos que sean relevantes para ese fenómeno.

3) Por otra parte, el conflicto se da en las relaciones interpersonales, que presuponen una interacción entre todos los miembros del sistema.

Entendemos aquí por «interacción» la serie de mensajes intercambiados entre personas. En este sentido el tema de conflicto se va entrelazando con la comunicación, los diferentes lenguajes y comportamientos que generan las interacciones.

4) Además, todo conflicto tiene un objetivo, que puede aparecer expresa o im-

plicitamente al ojo del observador. (3) Aquí el tema se emparenta con las percepciones.

5) El conflicto tiene una historia, como la tiene el sistema en el cual se gestó, y que sigue evolucionando paralelamente con él. Ambas crecen y se desarrollan en un mismo tiempo y espacio. Pero como observadores de estos fenómenos sabemos que muchas veces el conflicto se gestó al principio de la historia, y sus actores lo ignoran o, por lo menos, lo tienen inconsciente. Esta historia debe ser estudiada por el operador que intervenga sea éste negociador o mediador, todo esto para una mejor comprensión y abordaje del caso.

La historia puede ser detectada tempranamente, cuando se experimenta el malestar pero aún no se sabe que lo produce ni quien lo causa.

Más adelante, la causa puede hacerse más nítida, y en ese momento podrá adjudicarse a alguien el motivo de que el conflicto exista.

De esta última etapa, puede pasarse, rápidamente, a la etapa del reclamo, al tomar conciencia de quien lo ocasiona. Habitualmente, el reclamo no es satisfecho por el reclamado, y es allí, cuando el conflicto está verdaderamente configurado, para las partes.

6) El conflicto se desarrolla en un escenario, que podemos denominar contexto. En ese contexto, las partes son los actores.

7) El sistema jurídico tiene incorpo-

rado el uso de la fuerza y de la amenaza para que se cumplan las normas. El sistema jurídico no soluciona los conflictos, hay un gran porcentaje de ellos que queda fuera del sistema y con esto queremos decir que el sistema no da las respuestas a todos los conflictos. Muchas veces la solución que provee el sistema jurídico es o constituye el problema. Pensar en estos términos es decir que «la solución es el problema». (4) Desde el pensamiento del modelo de Harvard, diríamos que pensar en un conflicto no debe ser, al menos para el operador que interviene, un pensamiento conflictual.

En las relaciones interpersonales de los diferentes sistemas en los que aparece generalmente un conflicto, también encontramos presentes el poder, la amenaza y la fuerza.

8) Cuando pensamos en el conflicto como proceso, y lo analizamos como si estuviéramos en un laboratorio, nos colocamos en una posición meta comunicacional, hablamos del conflicto pero no formamos parte de él.

9) Cuando pensamos y hablamos del conflicto y nos incluimos dentro del escenario donde éste se desarrolla, o donde simplemente estamos interviniendo, nuestra objetividad está comprometida por nuestra inclusión en el nuevo sistema que hemos conformado. Ejemplo de ello es el sistema de mediación.

### III) ¿CONFLICTO Y SISTEMA O SISTEMA EN CONFLICTO?

Dijimos al principio que todo con-

flicto se da en un sistema, integrado por actores que se desenvuelven dentro de un determinado escenario. El sistema del que hablamos se caracteriza por la circularidad.

Un sistema es circular, en la medida que un elemento del sistema es afectado y ello repercute sobre los restantes elementos que lo componen y en el funcionamiento o la dinámica propia de ese sistema.

Para concretar en un ejemplo práctico, cuando hablamos de sistema familiar, podríamos preguntarnos, si la comunicación en una determinada familia es patológica, porque uno de sus miembros es psicótico, o bien porque la comunicación es patológica. (5)

Si ampliamos el concepto, el mismo puede aplicarse perfectamente a las organizaciones.

La circularidad, dice Von Foerster, (6) es una característica de los sistemas con circuitos de retroalimentación.

Las relaciones conflictuales son sistemas de retroalimentación, por lo tanto, son circulares. Los conflictos se dan en las relaciones sociales, en las relaciones humanas, donde prima la circularidad e interviene el lenguaje.

Desde un ejemplo práctico, podríamos decir que debemos abandonar la noción de que A determina B o que B es causa de A, lo cual nos ubica en una lectura totalmente lineal. El sistema normativo tiene permanentes ejemplos de esto, porque se ma-

neja con el modelo causa efecto. Podríamos concluir en que una lectura lineal, es en principio, incompleta y deficiente.

Sería entonces conveniente pasar a la noción de que cuando A determina B, es porque B influye previamente en A, influencia que se da en el otro, a través de la propia reacción.

Otra característica de los sistemas es la AUTOORGANIZACION, esto es la posibilidad que tiene el sistema de reacomodarse a diferentes contextos o situaciones. Es lo que Humberto Maturana denomina AUTOPÓYESIS (del griego: "autos" = self; "póiesis" = acción). (7) La organización de los sistemas es tal que su único producto es sí mismos, donde no hay separación entre producto y productor. El ser y el hacer de una unidad Autopoietica son inseparables, y esto constituye su modo específico de organización.

Estas características de los sistemas, circularidad y autoorganización, hacen que una organización se reconstituya a sí misma en cada operación. Los sistemas AUTOPÓIETICOS están organizacionalmente cerrados y energeticamente abiertos. Por lo tanto, este último concepto nos hace pensar en la cantidad de impactos que los sistemas reciben del exterior, tanto del macro como del micro contexto donde estén inscritos.

Ejemplo de lo dicho, es el abogado que hace una lectura lineal del orden jurídico, cuando precisa que un conflicto, sólo puede resolverse con las normas jurídicas y

dentro del sistema judicial. Todo ello en la creencia, como dice Remo Felerman, de que el derecho es un sistema cerrado, que provee todas las soluciones para todos los conflictos en los que se den pretensiones incompatibles. (8) Cuando no se puede utilizar el derecho como herramienta, y las normas no son suficientes para resolver el conflicto, entonces la solución es el problema, y a veces la sentencia del juez es el comienzo del problema.

La HOMEOSTASIS es otra característica de los sistemas, que hace que los mismos mantengan un equilibrio dinámico que los caracteriza. A partir de este modelo, se hace una analogía con la máquina cibernética, que siempre vuelve a un estado estacionario. De este modelo es que se pensaba, desde diversas disciplinas, que "todas las entidades del Universo tendían a la ENTROPIA, (no cambio/ no movimiento).

Si bien todos estos conceptos caracterizan a los sistemas, ha habido un cambio en la apreciación de los sistemas desde los cincuenta a la fecha. De una posición en que el equilibrio de los sistemas y la homeostasis eran un modelo para el cambio, un nuevo paradigma se abre paso desde los setenta, especialmente dentro de la Terapia Familiar, desafiando la idea del modelo del equilibrio. Este modelo no solo es aplicable al sistema familiar sino a otros sistemas y organizaciones.

Quien primero habla de este cambio, es Ilya Prigogine, cuando afirma que algunas leyes no cumplían con la regla del equilibrio, sino que muchas formas vivas, apreciaban burlarla. Se movían en dirección

NEGENTRÓPICA, hacia mayores complejidades y nuevos estados. Se refiere entonces, a la "RETROALIMENTACION EVOLUTIVA", y la explica, como un movimiento fluctuante, que puede convertirse en un sistema súbitamente y luego pasar a otro estado. Es el paradigma del CAOS-ORDEN, que prima en los sistemas.

Al respecto, dice Mony Elkaim, que la tarea del terapeuta de familia consiste en alejar del equilibrio al sistema, obligándolo a buscar una solución diferente, por la cual la estructura se transformará de acuerdo a sus propias leyes y podrá producir un cambio, que el terapeuta, sin duda, no puede prever, ya que esas reglas conforman la "singularidad" del sistema familiar.

Si pretendemos comparar la terapia con la mediación, diremos que al mediador también le conviene conocer la singularidad del sistema con el que opera. Ese conocimiento le servirá para facilitar un acuerdo real y conforme con las reglas de ese sistema, sin duda, más efectivo y posible de ser cumplido.

#### **IV) CONFLICTO Y CONTEXTO: OPERADORES DE CONFLICTOS, OBSERVADORES DE LA REALIDAD.**

Dijimos que todo conflicto se da en un sistema de relaciones interpersonales, en un escenario determinado y con ciertos actores, que pueden ser principales algunos y secundarios otros, pero no por ello menos importantes, tanto en la resolución como en la continuación del mismo.

Einstein, definió una vez la VERDAD, como un ACUERDO obtenido, teniendo en cuenta:

- \* Observaciones
- \* Sus relaciones y
- \* Las relaciones de los observadores.

Al estudiar la génesis del conflicto, y centrarse en su administración, manejo y conducción, se persigue fundamentalmente lo que el sistema jurídico no logra, esto es la PROTECCIÓN y PRESERVACIÓN de los vínculos dentro del sistema en el cual se produjo el Conflicto. (9) Precisamente este es uno de los fines prioritarios de la mediación.

Continuando el pensamiento de Einstein, como operadores de conflictos, somos:

- \* Observadores de la conducta de la gente.
- \* Observadores del conflicto que la gente nos trae.
- \* Observadores de las interacciones entre los actores.
- \* Observadores y escuchas de la comunicación que se establece entre ellos, y entre ellos y nosotros.

Por todo lo dicho, como operadores, nos cabe la responsabilidad de desarrollar habilidades en:

- \* Focalizar e individualizar el conflicto.
- \* Determinar quiénes son los actores.
- \* Describir el escenario o contexto.
- \* Interpretar el lenguaje.
- \* Observar las interacciones.

La conclusión de todo esto es muy

clara, cuando afirmamos que para realizar tales intervenciones, los operadores deben recibir una capacitación centrada en el estudio de la Teoría de Conflictos para detectarlo, administrarlo y prevenirlo cuando es posible hacerlos de la Teoría de la Comunicación para orientar los canales que manejan los actores de la estrategia para saber como conducirlos, del desarrollo de la percepción para ser buenos observadores de la realidad y de la mediación para orientar hacia la diversión constructiva.

Esta tarea que parece sencilla, no lo es, muy por el contrario, requiere habilidades en el manejo de la comunicación, la escucha, el silencio y otros instrumentos que nos permiten definir con mayor precisión cuál es el problema y para quienes es un problema.

El manejo de la comunicación implica el conocimiento de los paradigmas de la comunicación humana, la distinción entre comunicación analógica y digital, tecnológica y no tecnológica.

Recien entonces y guiados por la palabra de los actores, podemos construir o pensar la estrategia más adecuada a seguir con ellos. Por otra parte, la inteligencia es la disciplina que apura el método o la modalidad que mejor se adapte a ese sistema. La interiorización de ambas, estrategia e inteligencia, nos lleva a una fórmula ideal en el manejo de conflictos: no importando el campo donde se desarrolle, el operador,

La definición de la comunicación es una forma de definir el contexto, el es, ena-

no entender el problema y poder generar en la parte afectada la posibilidad de salir fuera del problema. La función que se les que me llama el es, siendo debe a la parte, ese contexto y no a otro.

El conflicto no lo es conflicto, entre comunicaciones, en el contexto y con esa comunicación. Quizás, superpuesto en otro como un negativo sobre una foto, se vea como una situación trivial al decir: ¿Verdad es?

Durante el proceso de mediación, el mediador se enfrenta al desafío de comprender la naturaleza y organización de los sistemas que originan los diferentes intersecciones entre sistemas judiciales, médicos, educativos, económicos, etc., en donde se utilizan técnicas y diversos cuando no contradictorios.

Buena parte de la tarea del operador de conflictos consiste en comprender el y hacer comprender a todos los miembros del sistema, en el cual se construye los acuerdos, del contexto en el cual ese mismo sistema mediador está operando y ha emergido.

Creemos haber desarrollado en este punto algunos aspectos prácticos que el operador de conflictos debe tener presente tanto en su formación como en el desempeño de su trabajo cotidiano. Será su responsabilidad profesional evaluar los instrumentos y ponerlos en práctica con los diferentes sistemas con los que opere en su práctica profesional.

## V) REACCIÓN FRENTE AL CONFLICTO:

Tal como dijimos, el conflicto se da en las relaciones interpersonales, por lo tanto, se pueden dar tantas variantes en las reacciones de los actores frente al conflicto, como relaciones establezcamos con nuestros semejantes. Pero en realidad, cuando hablamos de conflictos en general, nos referimos a problemas, callejones sin salida, situaciones al parecer insolubles, crisis, creados y mantenidos al enfocar mal las dificultades.

No obstante la variedad que pueda darse, existen al menos tres modos de enfocar mal las dificultades:

\* Intentar una solución, **NEGANDO** que un problema lo sea en realidad: **ES PRECISO ACTUAR, PERO NO SE EMPRENDE LA ACCIÓN.**

\* Se intenta un **CAMBIO** para eliminar una dificultad, que desde lo práctico, es inmodificable o inexistente: **SE EMPRENDE UNA ACCIÓN CUANDO NO SE DEBERÍA EMPRENDER.**

\* Se comete un **ERROR DE TIPIFICACION LÓGICA** y se establece un «juego sin fin», es decir **LA ACCIÓN ES EMPRENDIDA A UN NIVEL EQUIVOCADO.** La acción debió emprenderse en el nivel lógico inmediato superior, esto es lo mismo que decir que debemos cambiar la frecuencia o la pauta en la comunicación, buscar un nivel de comunicación diferente de la que trae el sistema, subir a otro nivel, crear otra historia.

Volviendo a la Teoría del Conflicto, ésta pone el acento en las interacciones y

especialmente en la interacción conflictual, todo ello en virtud de que su interés, es la preservación de los vínculos.

En nuestro rol de observadores de la realidad, vemos, entre otras cosas, la conducta de la gente en un conflicto. Si partimos de la base de que toda comunicación es conducta, la conducta de cada actor se manifiesta como uno de los términos de una sucesión de conductas realizadas alternativamente por uno y por otro, en la que cada uno de ellos resulta ser la causa de la siguiente. Watzlawick llama a esto **PUNTUACIÓN DE LA SECUENCIA DE HECHOS, o PATRONES DE INTERCAMBIO**, acerca de los cuales pueden o no estar de acuerdo. (10)

La puntuación de la que habla el autor, organiza los hechos de la conducta y, por lo tanto, es vital para las interacciones en marcha.

En consecuencia, la falta de acuerdo con respecto a la manera de puntuar la secuencia de hechos, es la causa de incontables conflictos en las relaciones.

Humberto Maturana, afirma en este sentido que, como observadores, designamos como “comunicativas”, las conductas que se dan en un acoplamiento social, y como “comunicación”, la coordinación conductual que observamos como resultado de ella.

Aquí hablamos tanto de las relaciones interpersonales, como de las internacionales, que están plagadas de patrones análogos de interacción. Este tipo de serie, re-

presenta una secuencia comunicacional de afirmaciones y negaciones de mensajes.

Al respecto, Bateson, afirma que el dilema surge de la pretensión espúrea de la serie, o sea, de la pretensión de que la serie tiene necesariamente un comienzo, y es este precisamente el error de los que participan de la situación.

Como lo afirmáramos antes, y en ello comente Von Foerster, la serie es circular sin poder determinar el comienzo o el fin.

Finalmente, cabe agregar que, frente al conflicto, pueden experimentarse, de parte de los involucrados, actitudes de cooperación, de colaboración, de competencia, de indiferencia o adversarial. De acuerdo a como sea esa actitud, podrán realizarse intervenciones más o menos exitosas.

También influirá en el resultado de la intervención, el grado de "INTENSIDAD DEL CONFLICTO", esto es lo que Remo Entelman, llama "metafóricamente, el peso específico de los elementos de poder utilizados en la acción conflictual". El análisis de la intensidad del conflicto, permitirá realizar una lectura del nivel de escalada o desescalada que las partes han alcanzado en su relación conflictual. De acuerdo al nivel, podrá fijarse o no, la estrategia para administrarlo y eventualmente resolverlo.

## VI) CONFLICTO Y OBJETIVIDAD

Cuando pensamos en el conflicto como proceso, y lo analizamos como si estuviéramos en un laboratorio, nos coloca-

mos en una posterior meta comunicacional. Hablamos del conflicto pero no formamos parte de él.

Cuando pensamos y hablamos del conflicto y nos incluimos dentro del escenario donde este se desarrolla, o donde simplemente estamos interviniendo, nuestra objetividad está comprometida por nuestra inclusión en el nuevo sistema que hemos conformado. Ejemplo de ello es el sistema de mediación.

## VII) COLOFÓN

La síntesis de todo lo dicho, si fuera posible hacerla, apuntaría a tener, por parte de los operadores de conflictos, entre los que incluimos a los mediadores, una formación sistémica que les permitiera tener una visión amplificada del sistema sobre el cual deben actuar no excluyéndose del mismo.

Una sólida formación en todo lo relativo a la Teoría de la Comunicación Humana y a la Teoría del Conflicto, por entender que, cualquiera sea la incumbencia del operador, estos conocimientos le ayudarán a su principal tarea: ser un verdadero facilitador de acuerdos entre las partes.

Como facilitadores debemos tener presente el contexto donde el conflicto se produjo y contrastarlo con el contexto donde el conflicto probablemente se resolviera. Para ello el operador deberá tener claro ambos escenarios, como así también las partes.

Nos aportan elementos para pensar

en ello las palabras de Humberto Maturana respecto del observador y lo observado:

“TODO LO DICHO ES DICHO POR UN OBSERVADOR”

“TODO LO DICHO ES DICHO A UN OBSERVADOR”

“LAS PROPIEDADES DEL OBSERVADOR NO DEBEN ENTRAR EN LA DESCRIPCIÓN DE SUS OBSERVACIONES”

Finalmente queda abierta una pregunta:

“CUÁLES SON LAS PROPIEDADES DE UN OBSERVADOR”

Nosotros operadores de conflictos somos observadores de la realidad y como tales debemos reflexionar sobre conceptos como la objetividad y la subjetividad en el desarrollo de nuestra tarea.

Pensar en esto nos aportaría nuevas perspectivas y herramientas de trabajo al campo de la resolución pacífica de conflictos.

#### CITAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1) Y 2) Watzlawick, Beavin y Jackson: “*Teoría de la Comunicación Humana*”, Editorial Herder, Barcelona, 1986.
- 3) Watzlawick y Krieg: “*El ojo del observador*”, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994.
- 4) Watzlawick, Weakland y Fisch: “*Cambio*”, Editorial Herder, Barcelona, 1986.
- 5) Watzlawick y otros: “*Teoría de la Comunicación Humana*”.
- 6) Von Foerster, Heinz: “*Las Semillas de la Cibernética*”, Editorial Gedisa, Barcelona, 1991.
- 7) Maturana, Humberto: “*El árbol del conocimiento*”
- 8) Entelman, Remo: Clases impartidas en la “*Muestra Interdisciplinaria en Prevención, Administración y Resolución de Conflictos para la formación de Negociadores y Mediadores*”, dictada en la Facultad de Ciencias Económicas de la UNNE, de la cual la autora fue docente y coordinadora de cátedra.
- 9) Entelman, Remo: Cit. Ant.
- 10) Watzlawick y otros: “*Teoría de la Comunicación Humana*”.

## MEDIACIÓN ESCOLAR.

Alejandra Cid Droppelmann

Doris Silva Alarcón

Mediadoras Centro CREA

Escuela de Derecho

Universidad Católica de Temuco.



*Desde un comienzo, el objetivo mayor de los programas de resolución de conflictos en las escuelas ha sido enseñar mejores estrategias de solución de problemas y técnicas de toma de decisiones. Éstas son capacidades vitales que enriquecen las relaciones interpersonales, aportan las herramientas necesarias para construir en la escuela un clima más cooperativo y conducente al aprendizaje, y ofrecen un marco para mejorar las diferencias de manera que puedan llevar a una mejor comunicación, mayor comprensión y menor temor. A través de la educación relacionada con el divorcio, enfoques de resolución de conflictos para el manejo de las aulas y programas de mediación a través de los pares a nivel de escuelas, los estudiantes tienen la oportunidad de reforzar su autoestima, aprender a apreciar la diversidad, mejorar sus técnicas de comunicación y análisis, y evitar problemas disciplinarios. Las escuelas pueden beneficiarse como un todo, ya que estos programas apoyan las necesidades y la disposición del personal y los padres a cooperar y solucionar problemas estudiantiles. Si bien la investigación sobre los programas de resolución de conflictos en las escuelas es limitada, ésta sugiere que los mismos han ayudado a disminuir la violencia y las peleas, los insultos y actitudes despreciativas, reducir la cantidad de suspensiones, elevar*

*la autoestima y el respeto por sí mismos, de los pares que actúan como mediadores, a capacitar el personal tanto para manejar con más eficacia los conflictos como mejorar el clima de la escuela”.*<sup>1</sup>

El enfoque que se presenta en este texto nos introduce y otorga una visión general de la mediación escolar incorporando sus objetivos, áreas de trabajo y los resultados que se han obtenido. Nuestro interés a través de este artículo es desarrollar en forma más detallada el planteamiento que las autoras Kathryn Girard y Susan Koch postulan en el párrafo citado y exponer concretamente la experiencia de un programa de mediación escolar llevado a cabo en una escuela pública en la ciudad española de Olot.

### INTRODUCCIÓN

En el mes de Junio de este año tuvimos la oportunidad, gracias al Proyecto de Resolución Alternativa de Conflictos - CREA de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, de realizar una pasantía sobre mediación en las provincias catalanas de Girona y Barcelona en España.

<sup>1</sup> Girard, Kathryn, Koch, Susan, **Resolución de Conflictos en las Escuelas, Manual para Educadores**, ed Gramma, Barcelona 1997, p. 31

Durante la pasantía pudimos visitar algunos centros de mediación e instituciones que utilizan la mediación como parte de su trabajo<sup>3</sup>. Estos centros e instituciones atendían diversos casos, entre ellos, problemas familiares, vecinales y penales.

Dentro de los centros de mediación que visitamos se encuentra el Servicio de Gestión de Mediación Acord.se., ubicado en la ciudad de Olot, en la provincia de Girona. En este centro de mediación pudimos observar el funcionamiento y conversar con los

Centro de Psicología y Mediación de Nuria Villanueva Rey.

Verge de Nuria, 21, bajos D 08400 Granollers, Barcelona. Tel. 610 255 157

E-mail: nurirey@cope.es

-Acord.se., Servicio de Gestión de Mediación.

Pl. Clara, 2ent. 2º 17800, Olot, España. Tel. 972 260 202

E-mail: info@acordse.com

-Centro Pau i Treva.

Enrie Gramados 2, 08007, Barcelona. Tel. 902 410 000

E-mail: pauitreva@cecsb.mt.es

Aequitas, Centro de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos

Pg.Sant Joan 121, 1º 1º 08037, Barcelona. Tel.934 590 951

E-mail: aequitas@hotmail.com

-ACDMA, Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje

Puntos de Encuentro

Aribau, 258 Tr. 1º 08006, Barcelona. Tel. 934 141 834

-ACISJE, Asociación Católica Internacional de Servicio a la Juventud Femenina

Valencia, 273 Tr.1º 08009, Barcelona. Tel. 932 155 626

Departamento de Justicia, Delegación Territorial de Girona, Generalitat de Cataluña.

Gueli 89, 17005, Girona. Tel. 972 405 800

-COMPARTIE, Asociación Humanitaria de Apadrinamiento de Niños.

BRUC 35 2, 3º 08010, Barcelona. Tel. 933 026 222

E-mail: [compartie@relgmailes](mailto:compartie@relgmailes)

-Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña

Gran Vía de las Cortes catalanas, 751 A, 2n 2º 08013, Barcelona. Tel. 932 478 650

mediadores que trabajan en él.<sup>4</sup> De los centros que visitamos este es el único que lleva a cabo un programa de mediación escolar en una escuela pública. lo que nos llamó mucho la atención y nos motivó a conocer un poco más de la mediación escolar, en general, y del programa que desarrolla el Centro Acord.se., en particular.

En este artículo sobre mediación escolar tratamos de dar a conocer en qué consiste este tipo de mediación, basándonos principalmente en las opiniones y experiencias de mediadores, de autores estudiosos del tema y como ya hemos señalado, en la experiencia del programa de mediación escolar realizado en la ciudad de Olot.

Previamente a tratar el tema de la mediación escolar, a modo de introducción, que-remos presentar una breve visión acerca de la violencia, el conflicto en la educación y la educación para la paz.

## VIOLENCIA, CONFLICTO y EDUCACION PARA LA PAZ.

*"La violencia en nuestras Escuelas, nuestros vecindarios y nuestras comunidades ha llegado a un nivel alarmante en las últimas décadas. Las nociones de responsabilidad personal y del bien común han sido superadas por la estridente afirmación de los derechos individuales, los ataques físicos y los recursos legales punitivos"<sup>5</sup>.*

<sup>3</sup> Los mediadores del Centro Acord.se. son: Miquel Tort Santos, mediador y trabajador social, Carme Romero Durán, mediadora y maestra en pedagogía, Elsa Culler Pérez, mediadora y psicóloga terapéutica.

<sup>4</sup> Girard, Kathryn; Koch, J., Susan. **Resolución de conflictos en las escuelas. Manual para educadores**. Ed. Granica, Barcelona, 1997, p. 19.

La visión que nos señalan estas autoras parece reflejar lo que está sucediendo en variados lugares del mundo y, peor aún, también en la educación y las escuelas. Ante esta visión, podemos reflexionar en cómo es la educación actualmente y cómo ella misma nos sirve de elemento para educar hacia una cultura de paz.

La educación es un buen marco y una buena oportunidad para enseñar los conceptos, las estrategias y las técnicas de la resolución de conflictos, desde una perspectiva constructiva, resolviendo los conflictos presentes en las relaciones humanas, sin suprimirlos.

*"El conflicto es, en este sentido un elemento pedagógico de primer orden, ya que se enmarca en una situación que algunos autores han concretado como violencia cultural (Galtung 1994) o violencia simbólica (Bourdieu y Passeron, 1977), y que se impone al conjunto de personas de una sociedad a través de los procesos de socialización (Burguet, 1998). Es evidente que el sistema educativo (la educación formal) también utiliza elementos de esta violencia simbólica, más o menos arbitrariamente, y que ello es fundamental sobre todo en la socialización"*.

Vemos aquí una explicación de la violencia que se relaciona con contenidos de la educación, ahora corresponde abocar-se a la tarea de utilizar el conflicto como un

elemento de cambio, sin una visión negativa y que se puede afrontar de manera creativa.

Es así como se propone que los propios mecanismos de socialización pueden también ser utilizados para destacar los fundamentos de una cultura de la paz.

Si la resolución de conflictos tiene una función sociológica y pedagógica de transformación, es necesario buscar, entonces, un punto de armonía, una nueva idea creativa que supere el conflicto visto desde el punto de vista de "yo gano, tu pierdes" para convertirlo en una filosofía renovadora del "tu ganas, yo gano".

Según los autores los conflictos escolares pueden ser también una oportunidad para trabajar una resolución **cooperativa** de conflictos, esto implica una definición y orientación positiva del problema, generar alternativas para solucionarlo, evaluarlas, aplicar estas alternativas y evaluar los resultados.

Incorporando la mediación en las escuelas y utilizándola como uno de los instrumentos de la educación para la paz podremos advertir que la relación entre los compañeros es mejor, que la comunicación en la organización escolar se va haciendo menos problemática, operando un cambio que revitaliza el espacio dedicado a la enseñanza y el aprendizaje.

Un concepto que se relaciona también con la mediación escolar es la Educación para la Paz, se trata de un concepto

Molina Luque, Fidel, "La Cultura de la paz: aproximaciones sociológicas" en *Reserva de Conflictología. Una herramienta para la paz*. Barcelona: Editorial Edimuntia, S. L. Marzo de 2009, p. 37.

amplio y que tiene que ver con temas como la no-violencia y con contenidos generales que tienen que ver también con la justicia social.

La Educación para la Paz es una noción moderna que tiene como contenidos el análisis del conflicto, la solidaridad, la tolerancia, el compromiso, la aceptación de la diversidad, la no discriminación, la vivencia de los derechos humanos, la cooperación, el diálogo y técnicas de resolución de conflictos.<sup>6</sup>

Esta noción nace en particular en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial a raíz de los hechos ocurridos durante ésta, surgiendo la iniciativa de re-educar al ciudadano alemán con el objeto de que las ideas y educación en el régimen de Hitler no volvieran a repetirse.

No obstante este inicio, la idea de elaborar una propuesta educativa no violenta y por la paz surge también con anterioridad, de manera menos institucional, a través de pedagogos luego de la Primera Guerra Mundial. Se desarrolló, por ejemplo, en el año 1938 la Asociación Internacional de Pedagogos, siendo una de sus importantes publicaciones "La Educación de la Juventud para la Paz".

En los años sesenta se amplían los contenidos de la Educación para la Paz, nace la «Investigación para la Paz», se reformula el concepto de paz y se vincula la Educa-

ción para la Paz con la Educación para el Desarrollo.

Durante los años ochenta estas propuestas se siguen desarrollando por iniciativa de educadores y de movimientos que trabajan en propuestas de educación de la sociedad civil. Desde los años sesenta hasta nuestros días se desarrolla paralelamente la resolución de conflictos en las escuelas, siendo la mediación una herramienta de transformación de los conflictos.

Una de las múltiples definiciones de Educación para la Paz la encontramos en Jacques Semelin<sup>7</sup>, especialista de la no-violencia, él señala que "*la educación para la paz debería de tener como objeto, la educación para el control o dominio de los conflictos, es decir, el aprendizaje de la gestión del conflicto por medios que no sean la agresividad o la violencia*". Semelin propone recurrir a la historia, a la búsqueda del diálogo, a la educación ciudadana, al conocimiento y comprensión de otras realidades.

La Educación para la Paz se fundamenta en dos conceptos básicos:

#### a) EL CONCEPTO DE PAZ POSITIVA:

En la concepción occidental tradicionalmente se ha pensado en un concepto de paz negativa basado en la «pax romana» que se refiere a la paz en ausencia de guerra. Esta concepción pone énfasis en la mera ausencia de conflictos bélicos.

<sup>6</sup> Ver en el texto: «Los Contenidos Transversales». [en línea] 2001. <http://www.mediacioneducativa.com.ar/conttrans.htm> [Consulta: 9 Octubre de 2001]

<sup>7</sup> Ramírez Gloria. «Encuentro de Educación para la Paz y los Derechos Humanos. Educación para la Paz». [en línea] 2000. <http://web.iteso.mx/dh/encuentro/amdh.html> [Consulta: 13 de Octubre de 2001].

A partir de las investigaciones de Johan Galtung se comienza a desarrollar un concepto de paz positiva que se caracteriza por considerar a la paz como un proceso dinámico y permanente, no es una referencia estática o inmóvil.

Galtung relaciona el concepto de paz con el de justicia social amplia y violencia reducida; así como en el desarrollo social y los Derechos Humanos.

#### **b) LA PERSPECTIVA CREATIVA DEL CONFLICTO:**

Como consecuencia de las investigaciones para la paz, se reformula el concepto de conflicto que tradicionalmente se ha asociado con lo negativo, la violencia y agresión.

La Educación para la Paz entiende el conflicto como un proceso natural y sustancial a la existencia humana. Considera la agresividad como propia del comportamiento humano, no es negativa en sí misma sino positiva y necesaria como fuerza que debe ser canalizada hacia actividades útiles.

Basado entonces en estos dos pilares se puede concebir la Educación para la Paz como un proceso educativo, continuo y permanente, fundado en el concepto de paz positiva y la perspectiva creadora del conflicto que pretende desarrollar una Cultura de Paz, ayudando a las personas a posicionarse frente a la realidad compleja y conflictiva para actuar en conciencia.

No se puede educar para la paz sin

conocer el origen del conflicto y sin planificarlo en la dimensión de la paz y Derechos Humanos.

Como se puede apreciar este concepto "Educación para la paz", tiene un contenido y un fin complejo y amplio relacionado con la no-violencia, con los derechos humanos, dirigido a la sociedad y con una orientación creadora y transformadora del conflicto. En una realidad más cercana, es necesario educar desde los primeros años de vida, desde las escuelas y más aún es también una tarea de los padres y la sociedad en general.

*"La aplicación de las técnicas de transformación de conflictos en el aula representa una visión de la educación por la paz que se centra en promover un marco y unas relaciones pacíficas dentro del entorno escolar, que luego puedan trasladarse a los diferentes ámbitos de la vida en los que se mueven los estudiantes, y sirva también para sentar las bases de un tipo de relaciones que se refleje en su futura vida profesional, familiar, etc."*<sup>8</sup>

La vida escolar en su totalidad debe estar impregnada por el espíritu de la Educación para la Paz, en la relación maestro alumno, en la forma de proceder en cooperación, en el modo como se resuelven los conflictos, en la dedicación a los alumnos que requieren atención especial.

Como nos señala el autor Hermann

<sup>8</sup> Uranga Arakistain, Mireia. «Experiencias de Mediación Escolar en Gernika, 2001». [en línea] [www.pangea.org/edu/3er\\_materia/1\\_05/mediacion.htm](http://www.pangea.org/edu/3er_materia/1_05/mediacion.htm) [Consulta: 2 de Octubre de 2001]

Röhrs<sup>9</sup>: *“En resumen, la tolerancia, la ayuda al prójimo y la conciencia de responsabilidad son los rasgos constitutivos de la educación para la paz”*.

## CONCEPTO DE MEDIACIÓN EN GENERAL Y DE MEDIACIÓN ESCOLAR

La mediación puede definirse como *“un sistema alternativo de resolución de conflictos. Es la intervención no forzada de una tercera persona que ayuda a las partes en conflicto a transformar o resolver por ellos mismos el problema”*.<sup>10</sup>

La mediación puede ser utilizada en distintos ámbitos, así es posible hablar de mediación familiar, mediación vecinal, mediación intercultural, mediación comunitaria, mediación internacional y mediación escolar, entre otros ámbitos.

La mediación escolar puede definirse como *“un proceso por el cual dos o más personas de la comunidad escolar construyen, con la ayuda de una tercera persona imparcial, una solución consensuada a un conflicto relacional”*.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Röhrs Hermann. «El lanzamiento de una paz mundial permanente por medio de la educación para la paz, 2000» [en línea] <http://teso.mx/~jorgee/seminario/ep.7.htm>. [Consulta: 6 de Octubre de 2001]

<sup>10</sup> Romero, Carme. **Mediación Escolar**. Cuaderno de estudio N.º 2, ed. Ieesb, Centro Pau y Treva, Febrero de 2000. Escuela de Trabajo Social, Universidad Ramón Jull, p. 8

<sup>11</sup> Folleto de Difusión de AC'DMA; Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje Aribau 258 E-1 - 08006 Barcelona, España.

## BREVE HISTORIA DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR.

El desarrollo de la mediación escolar se remonta a Estados Unidos a fines de la década de los años sesenta. A principio de los años setenta surge un programa llamado The Children's Project for Friends (Proyecto de los niños para ser amigos) que tenía por objeto enseñar la no violencia en las escuelas de la ciudad de Nueva York. De este programa surgió el The Children's Creative Response to Conflict Program (Programa de respuesta creativa de los niños al conflicto) que desde 1972 comienza a formar a docentes en la resolución de conflictos.<sup>12</sup> Este programa se basaba en las siguientes premisas:<sup>13</sup>

- Construir una comunidad donde los niños deseen y sean capaces de tener una buena comunicación.
- Que sea posible compartir los sentimientos.
- Que se promueva abordar de forma creativa los problemas.

En 1981 se crea la Educators For Social Responsibility (Educadores para la Responsabilidad Social) y en 1984 se crea la National Association for Mediation in Education, NAME (Asociación Nacional para la Mediación en la Educación).<sup>14</sup> El NAME tiene como propósito la promoción

<sup>12</sup> Girard, Kathryn; Koch, Susan. **Resolución de Conflictos en las Escuelas. Manual para Educadores**, ed Granica, Barcelona, 1997, p. 209-210.

<sup>13</sup> Villanueva, Núria. De Qué Hablamos Cuando Hablamos De Mediación Escolar. Material no publicado. Disponible en breve en [www.geocities.com/nvillanueva.geo](http://www.geocities.com/nvillanueva.geo).

<sup>14</sup> Girard, Kathryn; Koch, Susan. op. Cit. p. 210



nidad escolar; previniendo la cronificación de problemas o la aparición de la violencia.

4. Crear un clima escolar pacífico y constructivo donde se pueda desarrollar:

- La afirmación personal y la autoestima.
- La confianza mutua.
- Las capacidades de compartir sentimientos, información y experiencias.
- Una actitud positiva y optimista ante la vida.

5. Ser una alternativa, en algunos casos, al procedimiento disciplinario.

### **¿COMO LOGRAR LOS OBJETIVOS QUE PROPONE LA MEDIACION ESCOLAR?**

Para entender los objetivos que busca la mediación escolar es importante saber los contenidos que ella trata y en definitiva en qué se centra para poder aspirar a cambiar la forma en que los alumnos, profesores y la comunidad escolar ven los conflictos y cómo reaccionan ante ellos.

Dentro de los contenidos de la mediación escolar Carme Romero señala:<sup>19</sup>

- Actitudes y valores imprescindibles para la mediación y su relación con el conflicto.
- Habilidades imprescindibles para la mediación y educación en el conflicto.
- Las cinco fases de la mediación como una técnica de afrontar los conflictos en el respeto.

Nos detendremos en los primeros dos

contenidos. El último no lo analizaremos ya que se refiere a aspectos más procedimentales, que no obstante ser muy importantes, se aplican por regla general en casi todos los tipos de mediación.

- Actitudes y valores imprescindibles para la mediación y su relación con el conflicto:

En cuanto a las actitudes y valores, el primer punto a analizar y reflexionar en la mediación escolar es sobre las actitudes del profesor. Es conveniente tener presente que las actitudes y valores que se manifiestan como adultos son las que se transmiten con mayor fuerza y profundidad a los alumnos o hijos. La mediación escolar comienza primero trabajando en el área de las actitudes y valores de los profesores. M. Martínez<sup>20</sup> señala que *"En el fondo, se trata de suponer que sólo incidiendo sobre los propios valores y actitudes del profesorado somos capaces de incidir sobre el contexto en el que éste ejerce su función y, en definitiva, sobre el desarrollo y cultivo de determinados valores, actitudes y normas en el alumnado"*.

Según el autor señalado<sup>21</sup> algunas habilidades y actitudes necesarias en el profesorado son:

- Capacidad de escucha.
- Desarrollo de la autoestima propia para poder estar con el grupo sólidamente asentado en la propia personalidad.
- Confianza en las capacidades y en las personas de los alumnos y alumnas.
- Sinceridad y autenticidad ante el gru-

<sup>19</sup> Romero, Carme. op. Cit. p.10.

<sup>20</sup> Romero, Carme. op. Cit. p. 11.

<sup>21</sup> Romero, Carme. op. Cit. p. 12.

po a la hora de manifestar sentimientos, reconocer errores, presentar sus propias ideas, ser coherentes con sus ideas, etc.

- Tolerancia y flexibilidad normativa.
- Empatía para sintonizar con los puntos de vista, vivencias, problemas, perspectivas, etc. de la clase.
- Aceptación incondicional de los alumnos.
- Estímulos hacia los alumnos.

- Habilidades imprescindibles para la mediación y educación en el conflicto:

Según la experiencia de Carme Romero, entre los principios en los que se basa una pedagogía pacífica se encuentran:

a) La autonomía personal: es importante potenciar en los alumnos la autonomía, evitar que ellos sean gobernados a través de los premios o de los castigos de los adultos.

b) Responsabilidad de encontrar soluciones a nuestros conflictos: en mediación se parte de la idea de que las personas en conflicto son las responsables de encontrar soluciones a él. Cuando un niño o niña decide explicar un problema a sus compañeros o profesores y son estos últimos los que le dan una respuesta, se favorece la idea de que las soluciones a nuestros problemas han de venir de afuera, de una persona con autoridad.

c) Respuestas creativas a la solución de problemas: las respuestas creativas a los problemas ayudan a transformar éstos en una

oportunidad. Después de analizar el problema es muy importante pensar en el mayor número posible de soluciones que podamos dar a éste. Luego de ello es importante analizar una por una las distintas propuestas. Finalmente las personas en conflicto serán las responsables de escoger la solución que creen más apropiada para resolver su problema.

d) Diferentes respuestas que podemos dar a situaciones conflictivas: es bueno que dentro de los planes de estudios de los niños se contemple la adquisición del conocimiento de las distintas formas en que podemos responder a un conflicto. La mediación no es la respuesta ideal al conflicto, todas pueden ser útiles en función de la situación. Es importante que el alumno sepa adecuar cada respuesta a la oportunidad del momento y sobretodo rehuir de las respuestas violentas.

e) La autoestima: es conveniente que en la escuela y en el hogar se potencie la autoestima de los niños y adolescentes. Es importante que los niños se sientan satisfechos con sus maestros, que se sientan valorados y estimados, ello les proporciona un equilibrio personal que mejora su relación con sus compañeros y genera mejor predisposición para aprender. La autoestima negativa puede provocar conflictos relacionales con el aprendizaje escolar, con los compañeros y profesores y producir conductas agresivas y violentas.

f) La agresividad: el autocontrol de la agresión y la violencia: los alumnos deben aprender a distinguir entre la agresividad y

<sup>13</sup> Romero, Carme, op. Cit, p. 13.

la agresión. La agresividad consiste en la tendencia de ofender al otro. La agresión es la acción de atacar violentamente a alguien. Los alumnos deben aprender a controlar los sentimientos de agresividad para que no se conviertan en agresión y violencia.

g) Hablar en Yo, primera persona: es importante que los alumnos aprendan a expresar lo que les pasa y lo que sienten y no siempre hablar culpando a otros.

h) La escucha activa: la capacidad de saber escuchar es una habilidad básica en mediación. La escucha activa requiere que por un momento nos olvidemos de nuestro punto de vista y tratemos al escuchar, de sincronizar con el otro para entender lo que nos quiere comunicar.

i) Empatizar: consiste en ponerse en el lugar del otro, para captar su perspectiva de la situación que puede ser diferente de la nuestra. Es enriquecedor ver diferentes puntos de vista de una misma situación.

j) Utilización del diálogo: desarrollar la capacidad del diálogo en las personas tiene como consecuencia una mejora en la comunicación que evita muchos conflictos.

k) Posiciones e intereses: posición es lo que una persona demanda en una situación conflictiva. Interés es el deseo que se esconde detrás de lo que la persona demanda. Es importante que los alumnos aprendan a diferenciar estos conceptos y a ver que si entramos en el campo de los intereses tienen más posibilidades de encontrar salidas satisfactorias a sus problemas.

l) Paciencia: en mediación hay que tener paciencia y no tratar de encontrar soluciones inmediatas y urgentes a nuestros problemas. Es necesario un tiempo para que las partes en conflicto entiendan, en el fondo, qué les está pasando. Con impaciencia encontramos soluciones superficiales y de poca duración.

m) La cooperación y la confrontación no violenta: el aprendizaje cooperativo tiene por objeto enseñar a los alumnos que conseguir sus objetivos propios no supone que el de nuestros compañeros o compañeras fracase.

Según la autora Stephanie Judson se proponen cinco vías de acción para facilitar un actuar no violento al resolver los conflictos, estas dicen relación con las habilidades que hemos visto anteriormente, aplicadas a la comunidad escolar:<sup>23</sup>

- Aprecio y afirmación: apreciar a alguien es afirmar lo bueno que hay en él y todas las personas tienen cualidades apreciables. Si no utilizamos esta vía se bloquea el aprendizaje y las personas se desaniman a tomar iniciativas propias.

- Compartir sentimientos: esta vía nos acerca más a las demás personas, hace sentir conexión y empatía con otros permitiendo que se mejore también la comunicación. Se favorece así el desarrollo de respuestas creativas al conflicto.

<sup>23</sup> Ver en: Burguet, Marta. "La resolución de conflictos en el ámbito escolar". *En: Educación Social. Revista de intervención socioeducativa*. Barcelona: Fundació Perre Tarres. Enero- Abril 1998, p.45- 46.

- **Compartir información:** con esta vía se evita la incomunicación que puede existir en las personas, evitando los malentendidos y ayudando a tener información sobre cómo solucionar un conflicto.
- **Compartir experiencias:** ayuda a evaluar nuestras experiencias desde distintos puntos de vista, así se evita una única visión que puede hasta ser equivocada y no enriquecedora.
- **Comunidad de apoyo:** por esta vía se crea un ambiente de grupo que fomenta el apoyo, todos aportan algo a la solución del conflicto y se sienten partícipes en ella.

## MODELOS Y PROGRAMAS DE MEDIACIÓN ESCOLAR.

Dentro de la mediación escolar podemos encontrar o distinguir dos modelos de mediación:<sup>24</sup>

El **Primer Modelo o Modelo Externo** es aquel en el que se recurre a una persona externa la cual hará de mediador cuando surjan problemas.

Este mediador externo puede ser una persona ajena al centro de mediación escolar, formada en técnicas de resolución de conflictos.

El modelo externo está muy cercano al modelo que se utiliza para los diferentes ámbitos de mediación, como por ejemplo en mediación familiar.

El **Segundo Modelo o Modelo Interno** es aquel en que se forma a los miembros de la comunidad educativa en técnicas de mediación a través de programas de entrenamiento, con la finalidad de que ellos mismos puedan gestionar sus conflictos.

Este segundo modelo se desarrolla a través de programas, reconociéndose por los autores, cuatro tipos de programas de mediación escolar:<sup>25</sup>

1. Mediación con un adulto como mediador.

Este programa incluye el entrenamiento del personal adulto escolar, incluyéndose en estos a los miembros de la dirección, maestros, personal no docente, padres y madres. El objetivo es prepararlos para que puedan mediar en los conflictos de la comunidad escolar.

2. Mediación entre iguales.

En este programa los estudiantes practican entre ellos la resolución de conflictos en sus disputas reales y cotidianas, practicando lo que han aprendido, ya sea en el programa curricular o en un entrenamiento específico.<sup>26</sup>

3. Construcción de una comunidad escolar pacífica e implementación de programas curriculares de resolución de conflictos.

En este programa se educa a toda la comunidad escolar en los conceptos y habilidades básicas de resolución de conflictos, se promueven los valores de la mediación como la cooperación, el respeto, la comuni-

<sup>24</sup> Extraídos de los textos de: Monjo, Mercedes. op. Cit p. 1 y del texto: Villanueva, Núria. op. Cit.

<sup>25</sup> Ver en: Monjo, Mercedes. Op. Cit.

<sup>26</sup> Ver en: Villanueva, Núria. op. Cit.

cación, la responsabilidad y la participación. Además los alumnos aprenden a tener una mejor visión del conflicto y lo gestionan así de forma más positiva.

#### 4. Mediación Global.

Este programa de mediación escolar combina los tres programas que hemos señalado con anterioridad, enseñando a los alumnos y a toda la comunidad escolar, haciendo posible la co - mediación de adultos y también la práctica de los alumnos ante sus propios conflictos, aprendiendo y mediando entre sus compañeros.

Al momento de implementar un programa global de mediación escolar se debe tener presente:

- La sensibilización y formación del profesorado en el tema de la resolución de conflictos.
- La comunicación, sensibilización y demanda de participación a los padres y madres, así como al resto de la comunidad educativa.
- La implementación de los programas curriculares en las aulas.
- El entrenamiento del mediador (alumnos y adultos).
- Puesta en marcha del servicio de mediación.
- Evaluación de los casos derivados y mediados a lo largo del programa.

Es el programa más complejo de los señalados, pero al abarcar las distintas zonas en que es necesario trabajar en la mediación en las escuelas, hace que se pueda

lograr el objetivo de forma más íntegra.

### **VENTAJAS y TEMORES QUE DESPIERTA LA MEDIACION ESCOLAR**

Ventajas que despierta la mediación escolar:

Según la experiencia de programas de mediación que se han llevado a cabo son muy variadas las ventajas que nos reporta la mediación, aquí señalaremos las siguientes:<sup>27</sup>

- Se produce un mejoramiento del ambiente en las aulas, se convierte en un entorno más pacífico y productivo donde los alumnos pueden concentrarse mejor en aprender y disfrutar.
- La comunidad escolar adquiere habilidades esenciales en una serie de ámbitos, como lo es el de la comunicación. Estas habilidades les ayudan a desarrollarse en sus demás actividades y relaciones, no solamente en el ámbito escolar.
- La mediación ayuda a la comunidad escolar a ver sus propios problemas y sus relaciones con otras personas.
- La mediación proporciona nuevas vías de resolución de conflictos a problemas de difícil solución, como pueden ser el abuso o malos tratos entre iguales.

<sup>27</sup> Ver en : Funes Lapponi, Silvina. "Mediación escolar en la comunidad de Madrid", *Ien/ Revista de Conflictología. Una herramienta para la paz*. Barcelona: Editorial Edimurtra. N.º 2 Marzo de 2001, p. 48.

- Proporciona una vía positiva de resolución, por lo tanto es educativa. Esto es doblemente beneficioso: en primer lugar porque abre al diálogo y la participación en circunstancias que antes había sermones y sanciones; en segundo lugar porque son las mismas partes las que proporcionan soluciones, característica que hace que existan muchas más posibilidades de que los acuerdos se cumplan.

Temores que despierta la mediación escolar:<sup>28</sup>

Siempre, ante algo que queremos comenzar se hace difícil una aceptación general y se tienen muchos miedos, existe en la comunidad una visión de poder muy arraigada que lleva a algunas personas a pensar que pueden perderlo, señalaremos a continuación algunos temores que nacen ante la mediación escolar:

- El hecho de que sea un programa que coloca tanto a alumnos como a profesores en un rol protagónico frente al conflicto, hace temer que represente para el profesorado una pérdida de autoridad y de respeto ante los alumnos.
- Se teme que se pierdan otras figuras de participación de las instituciones educativas, como por ejemplo, los delegados. Puede suceder que se lleve a estas instancias de participación a una crisis en sus funciones o a su desaparición.
- Se teme que la mediación escolar desvirtúe el sistema tradicional de discipli-

na en las escuelas, llevando a afectar más que a mejorar el clima de convivencia.

- Se teme que se piense que cuando se deriva a mediación no sucede nada o es una alternativa más fácil porque los culpables no reciben su merecido castigo o no se toman medidas pertinentes.

## EXPERIENCIAS DE MEDIACIÓN ESCOLAR EN OLOT<sup>29</sup>

En un Centro de Educación Primaria de Olot<sup>30</sup> que imparte educación a niños entre 3 a 12 años, teniendo un total aproximado de 170 alumnos se ha llevado a cabo un programa de mediación escolar. La escuela cuenta además con un internado en el que viven aproximadamente 22 niños de lunes a viernes.

La Dirección de la escuela en el año 1998 se comunicó con el Servicio de Gestión de Mediación Acord.se., requiriendo sus servicios. El programa de mediación que se prepara a partir de esta iniciativa es dirigido por Carme Romero, mediadora y pedagoga terapéutica, quien luego de escuchar y reflexionar sobre las preocupaciones de los

<sup>28</sup> Basado en:

- Entrevista personal con Carme Romero Durán en la ciudad de Olot, España.
- Romero, Carme, op. Cit. p. 24- 31
- Romero, Carme. "Experiencia de Resolución Pacífica de Conflictos en un Centro de Educación Primaria de Olot, comarca de la Garrotxa (España)" [en línea] <http://www.mediacioneducativa.com.ar/experiencia2.htm> [Consulta: 2 de Noviembre de 2001]

<sup>30</sup> En esta escuela existe bastante variedad cultural debido a que asisten niños de distintas nacionalidades fruto de la fuerte emigración de los países del norte de África hacia España.

<sup>28</sup> Extraídos principalmente de: Funes Lapponi, Silvina op. Cit. p. 48.

profesores diseña un proyecto de trabajo denominado: Resolución Pacífica de Conflictos<sup>31</sup>, el cual es presentado a los profesores y aceptado por éstos aunque no todos quisieron implementarlo enseguida.

Carne señala que en un primer momento los profesores no querían hablar de teorías ni filosofías de mediación. Su petición se centraba en actuaciones más concretas para poder pasar a la práctica de forma inmediata y sobretodo obtener resultados positivos en referencia a los conflictos vividos en las clases, donde había mucha violencia. Lo más difícil entonces fue aceptar el requerimiento de los profesores y encuadrarlos en un marco de mediación, pero sin hablar de mediación.

Los profesores estaban muy preocupados por los conflictos de los alumnos y no tenían tiempo ni motivación para dedicar a la mediación. Por lo anterior, se hizo necesario atender las demandas de los profesores con actuaciones más prácticas y concretas que funcionaran, tratando de crear espacios donde se puedan desarrollar relaciones más pacíficas y orientarles paso a paso en la mediación. Un punto esencial fue ser paciente y actuar con realismo, no pretendiendo grandes eventos sino actividades pensadas para que se adecuen lo mejor posible con las experiencias vividas día a día en el aula.

<sup>31</sup> Dentro de los modelos de mediación escolar que hemos visto, en nuestra opinión, el Programa de Resolución Pacífica de Conflictos llevado a cabo en la ciudad de Olot se acerca más al modelo de Mediación Global, ello porque en el trabajo que se realiza se incluyen tanto los alumnos, profesores, padres y madres como sujetos activos de mediación

El problema mayor o más urgente de atender eran las actuaciones violentas tanto verbales como físicas por parte de los alumnos. Los maestros necesitaban asesoramiento y ayuda para que el nivel de violencia disminuyera a la brevedad. Carne señala que en el trabajo a realizar "lo más importante es que la persona, los alumnos asimilen y reflexionen sobre temas relacionados con el conocimiento del otro, con la relación entre personas, con la escuela, la cooperación, el respeto, el saber defender sus ideas... Más importante que la cantidad de contenidos a transmitir es la calidad y la autenticidad con que tratemos los temas".

<sup>32</sup>

En enero de 1999, después de algunas reuniones con los profesores se comenzó a trabajar en dos aulas: una con 23 niños de edades entre 8 y 9 años y la otra, con 22 preadolescentes de edades entre 11 y 12 años. Cuatro profesores se implicaron en este trabajo y llevaron a sus clases la práctica del Proyecto.

### **PUNTOS QUE SE TUVIERON EN CUENTA PARA REALIZAR EL PROYECTO<sup>33</sup>**

- a) Marcar claramente los objetivos que han de ser realizables y aceptables.
- b) Conocer la realidad del ambiente. El método que se utiliza es el de la "cebolla" de la que se van quitando capas para conocer con mayor profundidad.
- c) Recoger el "saber" ya existente en la escuela, honrar a las personas y al colectivo. Los maestros ya tienen un conocimiento

<sup>33</sup> Ver en: Romero, Carne, op. Cit p. 26

<sup>34</sup> Ver en: Romero, Carne, op. Cit.p. 26

to en el área en que se pretende trabajar que puede proporcionar puntos para reflexionar.

d) El proyecto ha de estar muy cerca de la realidad en la que se quiere intervenir, no ha de ser un programa utópico.

e) Es conveniente saber si con anterioridad se ha realizado algún trabajo en esta línea, si es así nos puede servir para iniciar nuestro proyecto. Tener en cuenta, no destruir todo lo realizado hasta el momento.

f) Con todo el material recogido se elabora el proyecto, programa que será presentado a los profesores pertinentes dejando las puertas abiertas a la colaboración.

### Objetivos Propuestos

a) Bajar el nivel de tensión de los alumnos.

b) Posibilitar que los alumnos experimenten situaciones relacionadas con los conflictos (principalmente a partir de la realización de juegos y ejercicios propuestos).

c) Reflexionar sobre el conflicto y diversos aspectos relacionados.

d) Que los alumnos se entretengan realizando las actividades propuestas.

### Organización del Trabajo

En la organización del trabajo se contempló lo siguiente:

- La realización de reuniones entre la mediadora y los profesores con una periodicidad de quince días y una duración de una hora y media aproximadamente. El objetivo de estas reuniones era analizar las actividades realizadas hasta el momento y sus resultados.

- La realización de reuniones por cada

grupo-clase en el aula de profesores con el objeto de evaluar el trabajo que los alumnos y los profesores realizan en el aula y si se presentan nuevas pautas de actuación.

El trabajo se organizó en niveles, siendo estos los siguientes:

a) Organizar espacios individuales para el seguimiento de los alumnos más difíciles: este espacio se presenta como una actividad dirigida a todo el grupo-clase. Se trata de un espacio en donde los adultos ayudan a los niños a analizar y reflexionar sobre diferentes cosas que les haya sucedido o algún tema que les preocupe. Un lugar de atención individual donde se habla de lo que ha pasado durante la semana, donde los niños pueden explicar sus sentimientos, miedos y deseos.

Es necesario concretar días y horas y encontrar espacios de tiempo dentro de la jornada escolar, entre 15 y 20 minutos de duración. Es importante que los alumnos decidan voluntariamente si quieren o no realizar este trabajo. Se les facilita a los profesores una ficha en donde se lleva un registro de las sesiones individuales.

Se dan algunas orientaciones a los adultos para que las tengan presentes al momento de las reuniones:

- Nunca juzgar.
- Tratar de entender los sentimientos, pensamientos y acciones del alumno.
- Evitar interrumpir cuando el alumno habla aunque sepamos lo que va a decir.

- Mantener el contacto visual.
- Sonreír y asentir con la cabeza para mostrar nuestra atención.
- Escuchar aunque no nos agrade lo que se dice.

Se orienta a los adultos para que utilicen preguntas abiertas que ayuden a recoger y aclarar la información y hagan reflexionar al alumno. Se orienta al adulto para que ayude al alumno a comprender claramente lo que le ha pasado y a poder formular el problema.

El adulto ayuda al alumno a reflexionar sobre qué cosas se pueden hacer ahora para dar solución a su problema, preguntarse qué estrategias se podrían utilizar si nos encontráramos en una situación similar.

b) Trabajo a nivel de clase: a nivel de clase el trabajo se realiza utilizando juegos y ejercicios donde se trabaja con los alumnos situaciones conflictivas extraídas de experiencias vividas por ellos mismos. A partir de esto se fomentan actividades que favorezcan una visión positiva del conflicto que hacen que éste se entienda como una oportunidad para aprender.

En este nivel es necesario el conocimiento de habilidades sociales básicas como son:

- Escuchar a los compañeros.
- Crear un clima de estimación.
- Tener una postura positiva frente a los otros, hablar de nuestras necesidades, aumentar la autoestima.

- Advertir que los conflictos se pueden producir en cualquier lugar.

- Transmitir que cada cual es responsable de encontrar solución a sus conflictos.

Las actividades se realizan en la clase de ética, de lenguaje, de plástica o de comedor.

e) Recopilación por parte de los profesores de los conflictos más significativos: se trabaja en base a fichas en donde se recogen los conflictos más frecuentes y significativos que se observan con el objeto de buscar diferentes patrones de actuación frente a ellos.

d) Reuniones de profesores que atienden la misma clase para hablar los temas conflictivos de la clase y cómo abordarlos: es importante que los profesores de una misma clase busquen un tiempo y espacio donde puedan reunirse periódicamente para hablar de los casos de alumnos que les preocupen, pensar en posibles abordajes, repartir tareas y determinar cómo se harán las actividades que se proponen.

e) Organizar espacios individuales para hacer seguimiento de alumnos excesivamente pasivos: puede que se presenten en la clase los denominados conflictos ocultos o invisibles a los cuales no se acostumbra dedicar mucha atención, pero también son situaciones problemáticas porque causan sufrimiento a los niños y requieren de una solución. Normalmente se trata de alumnos que no causan problemas ni interferencias en clases, que se relacionan poco con el resto de

los compañeros y en quienes los objetivos de maduración social quedan estancados.

### **CONCLUSIONES DE LOS PROFESORES A FINES DEL PERIODO 98-99.**

A fines de la primera etapa del Proyecto los profesores coinciden en señalar lo siguiente:

El Proyecto de Resolución Pacífica de Conflictos ha constituido un cambio importante para los mismos profesores, es un trabajo nuevo, una obra lenta que no puede hacerse de un día para otro.

En cuanto a los alumnos estos han mostrado mucho interés, a través de los juegos han reflexionado mucho y se han percatado de que hay otras formas de resolver los conflictos.

El clima de la clase ha cambiado bastante, ahora hay mejor trato. Se han podido evitar posibles expulsiones de alumnos de la escuela. Tanto en el grupo clase como a nivel individual se ha experimentado un clarísimo cambio de actitud. El trato individual con los alumnos y con el grupo es muy positivo.

Continúan los conflictos en clases, pero ahora se disuelven con mayor facilidad, antes podían durar días y ahora con 10 o 20 minutos ya pierden fuerza y dejan de existir.

### **CONCLUSIONES DE CARMÉ ROMERO**

Al conversar con Carmé Romero y poder observar parte de su trabajo en mediación, algunas de las conclusiones más importantes a las que ella ha llegado son:

- El trabajo de aprendizaje de habilidades sociales y técnicas de resolución de conflictos es conveniente iniciarlo cuando los niños comienzan la escuela.
- El clima global del grupo clase mejora mucho, hay mejor trato.
- Para desarrollar un proyecto de este tipo es necesaria la sensibilización de toda la comunidad que trabaja en la educación.
- El trabajo en este campo requiere continuidad y paciencia.
- Los alumnos aceptan de muy buena manera el trabajo que se propone con el Proyecto.
- Todos aprenden de la experiencia, tanto alumnos como profesores.

Durante los cursos 99-00 y 00-01 ha continuado desarrollándose el proyecto. En estos momentos se está implementando en todos los grupos aula de educación infantil (3-5 años) y ciclo inicial (6-7 años). En próximos cursos se espera poder introducir la mediación en todos los cursos llegando a todos los alumnos de educación primaria.

## CONCLUSIONES PERSONALES

El desarrollo de la mediación escolar es un tema reciente en nuestro país<sup>44</sup>, ante esto tenemos diversas alternativas, entre ellas mirar y aprender de experiencias de otros lugares y aplicarlas a nuestra realidad.

La experiencia del programa de resolución de conflictos desarrollado en una escuela pública de Olot, es un ejemplo que demuestra que teniendo la voluntad y ánimo de trabajar en la transformación de los conflictos, es posible construir una cultura de cooperación y no-violencia entre los alumnos y la comunidad escolar en general. Tenemos los elementos indispensables para llevar a cabo la mediación escolar, nos referimos a los colegios, los alumnos y profesores.

Tenemos además elementos propios de nuestra región como es la interculturalidad, reflejada principalmente por una gran cantidad de alumnos de la etnia mapuche. La cooperación y la cultura

---

<sup>44</sup> El Ministerio de Educación manifiesta bastante interés en el área de resolución de conflictos en el ámbito escolar, llevando a cabo algunas actividades tendientes al desarrollo de este tema, como por ejemplo:

- Perfeccionamiento docente
- Pasantías de docentes en el extranjero.
- Trabajo en nueve liceos de la región Metropolitana implementando en cada uno de ellos un plan piloto sobre mediación entre pares.
- Publicaciones que sirven como manuales de prácticas que pueden realizarse en la sala de clases.
- Un video que permite trabajar diferentes situaciones de conflicto y su resolución.

Extraído de página web del Ministerio de Educación, «Celebración del día escolar por la paz y la no-violencia» [en línea] 2001. [http://www.mineduc.cl/convencional/discursos/da\\_de\\_la\\_paz.htm](http://www.mineduc.cl/convencional/discursos/da_de_la_paz.htm) [Consulta: 2 Noviembre 2001].

de la no-violencia como uno de los postulados de la mediación escolar, permitiría crear conciencia en los alumnos y profesores de que las diferencias culturales no necesariamente tienen que ser fuente de conflicto sino que pueden verse como una forma de enriquecimiento mutuo.

Además es necesario tener presente el porcentaje de agresión que se vive en las instituciones educacionales, cuenta de ellos dan algunas noticias de prensa que sólo reflejan una parte de lo que realmente se vive al interior de estas instituciones.

Frente a los elementos señalados el desarrollo de la mediación escolar no sólo se torna necesario sino que además se hace atractivo de implementar.

Por otro lado, es necesario hacemos cargo de las dificultades y temores que despierta la mediación escolar. Concretamente en la experiencia del programa de mediación escolar de la ciudad de Olot, al inicio a pesar de los problemas de violencia que existían, hubo resistencia en implementar algo completamente nuevo como es la mediación escolar. Esto se debía fundamentalmente a que la mediación escolar no trae soluciones rápidas sino que los cambios se van produciendo de a poco, debido a que la mediación en este campo trabaja con la forma de pensar y de actuar de los alumnos, profesores y la comunidad escolar en general, la cual no puede ser modificada de un día para otro. Otra dificultad que se presenta al implementar un programa de mediación escolar es que la utilización de la mediación represente para el profesorado una pérdida

de autoridad y de respeto ante los alumnos. Que los profesores tengan este temor es posible pensarlo si se mantiene un sistema de disciplina tradicional fundada en que sólo los alumnos ocasionan los conflictos. Para implementar un programa de mediación escolar se necesita cambiar toda una mentalidad y por sobre todo conocer en qué consiste la mediación pues muchos de los temores que se tiene a las ideas nuevas se deben a su desconocimiento.

Se teme también que los alumnos piensen que cuando se derive a mediación no suceda nada o constituya una alternativa más fácil porque los culpables no reciben un castigo o no se toman medidas pertinentes. Este temor tiene relación con lo que comentábamos anteriormente, si pensamos en un sistema disciplinario tradicional, claro que temeremos que se mire como una alternativa más fácil la implementación de la mediación, es por eso que se debe sensibilizar a la comunidad escolar, educar desde pequeños a los alumnos y por sobre todo que así aprendan a lograr solucionar sus problemas por sí mismos sin atender a la solución o al castigo que les pueda imponer un tercero.

Quisiéramos destacar también, fruto del desarrollo de este artículo, lo importante que es al hablar de mediación escolar, pensar que la resolución de conflictos debe estar al servicio de todos los integrantes de la comunidad escolar y no sólo los alumnos, ya que ellos no son los únicos afectados por problemas de convivencia. Es necesario educar para lograr de manera positiva una transformación del conflicto, para

construir en la escuela un clima más cooperativo y conducente al aprendizaje e incentivar en el desarrollo de los niños sus características positivas. Por ello es necesario incluir en un programa de mediación escolar a los profesores, a los padres, a quienes trabajan en las instituciones educacionales, de esta manera se puede lograr un fin más global y que planteamos también cuando hablamos de la educación para la paz. Finalmente quisiéramos terminar este artículo con una cita de Marta Burguet, en que se expresa el amplio efecto que puede tener la mediación escolar en la sociedad a partir de las escuelas, nuestra idea es que ello se pueda lograr.

*«La escuela es un microclima social, una pequeña comunidad con su funcionamiento interno a través de la cual las personas se incorporan posteriormente a la sociedad. Cuidar de ese trato y organización interna en la resolución de conflictos será también trabajar en la prevención de conflictos macrosociales»<sup>35</sup>*

## BIBLIOGRAFÍA

- Burguet, Marta. "La resolución de conflictos en el ámbito escolar". en/ Educación Social. Revista de intervención socioeducativa. Barcelona: Fundació Perre Tarres. Enero- Abril 1998. 150 p.
- Folleto de Difusión de ACDMA; Asociación Catalana para el Desarrollo de

<sup>35</sup> Burguet, Marta. "La resolución de conflictos en el ámbito escolar". en/ Educación Social. Revista de intervención socioeducativa. Barcelona: Fundació Perre Tarres. Enero- Abril 1998. p.45.

- la Mediación y el Arbitraje. Aribau 258 1<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> - 08006 Barcelona, España.
- Funes Lapponi, Silvina. "*Mediación escolar en la comunidad de Madrid*". [en] Revista de Conflictología. Una herramienta para la paz. Barcelona: Editorial Edimurtra. N<sup>o</sup> 2 Marzo de 2001, 68 p.
  - Girard, Kathryn; Koch, Susan. "*Resolución de Conflictos en las Escuelas. Manual para Educadores*", ed Granica, Barcelona: 1997, 331 p.
  - «Los contenidos Transversales». [en línea] 2001. <http://www.mediacioneducativa.com.ar/contrans.htm> [Consulta: 9 Octubre de 2001].
  - Ministerio de Educación. «*Celebración del día escolar por la paz y la no-violencia*» [en línea] 2001. [http://www.mineduc.es/convivencia/discursos/dia\\_de\\_la\\_paz.htm](http://www.mineduc.es/convivencia/discursos/dia_de_la_paz.htm) [Consulta: 2 Noviembre 2001].
  - Molina Luque, Fidel. "*La Cultura de la paz: aproximaciones sociológicas*". [en] Revista de Conflictología. Una herramienta para la paz. Barcelona: Editorial Edimurtra. N<sup>o</sup> 2 Marzo de 2001, 68 p.
  - Monjo, Mercedes. "*La mediación escolar*". [en línea]. <http://www.Acord.sc.sc.com/articulos/escolar/art9.htm> , 2000. [Consulta: 21 Septiembre 2001] 15 p.
  - Ramírez Gloria. «*Encuentro de educación para la paz y los derechos humanos. Educación para la paz*». [en línea] 2000. <http://web.iteso.mx/dh/encuentro/amdh.html> .[Consulta: 13 de Octubre de 2001].
  - Röhrs Hermann. "*El afianzamiento de una paz mundial permanente por medio de la educación para la paz*". 2000. [en línea] <http://iteso.mx/~jorgec/seminario/ep.7.htm>. [Consulta: 6 de Octubre de 2001].
  - Romero, Carme. "*Experiencia de Resolución Pacífica de Conflictos en un Centro de Educación Primaria de Olot, comarca de la Garrotxa (España)*". [en línea] <http://www.mediacioneducativa.com.ar/experien2.htm>.
  - Romero, Carme. "*Mediación Escolar*". Cuaderno de estudio N<sup>o</sup> 2,ed, Icesb, Centro Pau y Treva, Febrero de 2000. Escuela de Trabajo Social, Universidad Ramón Jull, 50 p.
  - Uranga Arakistain, Mireia. "*Experiencias de mediación escolar en Gernika*", 2001. [en línea] [www.pangea.org/edualter/material/euskadi/mediacion.htm](http://www.pangea.org/edualter/material/euskadi/mediacion.htm) [Consulta: 2 de Octubre de 2001].
  - Villanueva, Núria. "*De Qué Hablamos Cuando Hablamos De Mediación Escolar*". Material no publicado. Disponible en breve en [www.geocities.com/nvillanueva.geo](http://www.geocities.com/nvillanueva.geo)

## EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: OMPI vs. CCI

Elena Martínez García  
Profesora Ayudante Derecho Procesal  
Universitat de València

El mundo de la globalización también parece haber afectado a las fórmulas *ADR*, fruto del desbordamiento de los sistemas judiciales, común a todos los países. El comercio global y la naturaleza transnacional de las transacciones comerciales presentan al arbitraje como la fórmula más viable para resolver los conflictos que se desarrollan en esta área. Hoy esta característica todavía se hace más patente debido al avance que traen consigo las nuevas tecnologías, donde la comercialización de los productos se realiza desde cualquier parte del mundo, ofreciendo servicios a través de Internet. No extraña, por tanto, la proliferación que en esta última década se ha producido en rela-

ción con estas fórmulas.

Dos ejemplos de lo que decimos los encontramos en los arbitrajes que ofrecen la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), a través de su Centro y Corte de arbitraje. Se trata de centros encargados de administrar procedimientos arbitrales, mediaciones, buenos oficios así como otro tipo de procedimientos administrativos.

Según la estadística de la Cámara de Comercio Internacional, el incremento ha sido del 16% a 1990-1993 en materia de propiedad intelectual. PLANET Y, A. «A major re-evaluation of ICC International Arbitration», *International Chamber of Commerce Review*, núm. V, 1, pag. 7.

Recentemente, y fruto de las necesidades creadas por el uso de la propiedad intelectual a través de las redes de comunicación y negocios de Internet se ha introducido nuevas fórmulas como es el procedimiento de impugnación de nombres de dominio administrado por *Administrative Domain Names Challenge Panels*, destinados a impugnar aquellos nombres de dominio que coincidan con marcas internacionales conocidas.<sup>1</sup> El Decremento OMPI número TDN/CMI/3 Anexo I. Así mismo, al arbitraje, arbitraje acelerado y mediación existentes, se les ha dotado de un carácter más dinámico y acorde a las características de este tipo de novedosas relaciones jurídicas, de modo que van a poder celebrarse *on line* o a través de las infraestructuras de Internet.

Otra función encomendada a este Centro es la de asesorar durante la elaboración de *comitatus* entre las partes y, en concreto, a la hora de realizar los *convencios* de sometimiento de controversias a la competencia de dicho Centro.

<sup>1</sup> Pretendemos atender a esta especial protección que merece tal propiedad dentro del marco de la *ADR* internacional y, a tal fin, nos parece adecuado realizar un estudio comparativo del sistema intergubernamental creado a tal efecto, con aquellos arbitrajes institucionales que, aunque con carácter más general, funcionan exitosamente en la materia. En la actualidad no existe una abundante práctica arbitral, pero no dudamos del avance que este sistema logrará obtener en los próximos años, en concreto apostamos por la bondad del sistema de arbitrajes de la OMPI.

Parece indicativo el hecho de que Naciones Unidas creara y diera cobertura a esta situación internacional de protección de la propiedad intelectual. Su éxito se manifestó en el derecho industrial, patentes, marcas y diseños, derecho de carácter público, resta ahora que tal avance se expanda a la propiedad intelectual *stricto sensu*, a los derechos de autor y afines.

La Cámara de Comercio de París se caracteriza por gozar de una larga tradición en sus arbitrajes institucionalizados y parece un buen modelo a seguir en el futuro desarrollo del aún incipiente arbitraje de la OMPI. A tal esfuerzo responde el presente trabajo.

## I. SUS ORÍGENES

En los años sesenta Naciones Unidas incorporaba como uno de sus cometidos la protección de la Propiedad Intelectual mediante la creación de la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El organismo predecesor de la OMPI fue el conocido *Bureau International pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* (BIRPI) creado en 1893, fruto de la unión de dos Oficinas internacionales preexistentes por un lado, dentro del marco del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial de 1883 (este convenio puede verse en la página web: [http://www.wipo.int/treaties/ip/paris/paris\\_e.html](http://www.wipo.int/treaties/ip/paris/paris_e.html)), y, por otro, el «International Bureau of the Convention of Berna para la protección de las Obras Artísticas y Literarias de 1886 (este convenio se encuentra disponible en la página web: <http://comunidad.derecho.org/profesor/derecho/berna.html>). Los Estados firmantes de estos Tratados constituirán una «Unión» y, aunque tenía, este organismo, autonomía financiera y organizativa, el hecho de estar situada en Suiza, les hacía estar bajo los auspicios y control del gobierno suizo. Así, en 1893 éste las unió y adoptaron el nombre de *Bureau International Unifié*, que años después trasladaría su sede a Ginebra.

Paralelamente, se fueron creando nuevas «Uniones», fruto de la firma de nuevos convenios en la materia, hasta llegar a un total de seis administradas por BIRPI, resultado de ello, en los años sesenta comenzó a prepararse una Conferencia Diplomática para la creación de una nueva organización en materia de Propiedad Intelectual, la OMPI, que pasaría en breve a formar parte de la Organización de Naciones Unidas.

En 1967 se firmaba en Estocolmo el Conve-

con un Centro de Arbitraje y Mediación joven, creado en 1993 y con un Reglamento de Mediación, Arbitraje y Arbitraje acelerado que se encuentran en vigor desde el 1 de octubre de 1994<sup>2</sup>.

Frente a la juventud de este sistema, se encuentra la Corte de Arbitraje Internacional de París la cual se sitúa en la *Cámara de Comercio Internacional* desde 1923 y ha sido partícipe en la creación del Convenio de Nueva York de 1958<sup>3</sup> o el de Ginebra en 1961. La CCI tiene carácter consultivo de primer nivel ante las Naciones Unidas al igual que posee voz y voto en todos los encuentros internacionales de relevancia comercial<sup>4</sup>. Su procedimiento arbitral es muy cuidadoso y garantista, sobre todo, tras su última reforma y ello le ha enarbolado como primer centro de arbitraje internacional en materia de propiedad intelectual.

... ..

nio por el que se creaba dicha Organización para fomentar la protección de «la propiedad intelectual» y «asegurar la cooperación administrativa entre la Unión» (artículo 3), este Convenio se encuentra disponible en la página web: <http://www.wipo.int/members/convention/conv3/es/01>. Una vez creada ésta, se dio el consentimiento para formar parte de Naciones Unidas, como agencia especializada, tal y como se nos presenta en nuestros días.

<sup>2</sup> *Id. The First Twenty Five Years of the World Intellectual Property Organization*, WIPO 1992; Bogsh, A., *Brief History of the First 25 Years of the World Intellectual Property Organization*, Documento OMPI Núm.882, 1992.

<sup>3</sup> Documento OMPI núm.416.

<sup>4</sup> El Convenio de Nueva York de 1958 o Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, se encuentra disponible en la página web: <http://www.banqueparibas.com/inter/inter/conv58/01.asp?lang=es>.

<sup>5</sup> Publicación CCI núm 581, pag. 58.

## II. LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

Siguiendo las directrices del Convenio de Nueva York (art. II), el artículo 1 del Reglamento de la OMPI y la cláusula de arbitraje recomendada por la CCI, se establecen ciertos mínimos para que el convenio arbitral sea válido, formal y materialmente. A la primera se refiere el art. II.2 Convenio de Nueva York y 1.2 del Convenio de Ginebra de 1961, conforme al principio de *favor validitatis*<sup>17</sup>, respecto de la

“Art. II.2 Convenio de Nueva York afirma que «La expresión «acuerdo por escrito» denota una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un cable de cartas o telegramas». Este artículo ha sido duramente criticado por no esclarecer los requisitos necesarios para considerar un acuerdo como válido, así lo señala SAMUEL A. JURISDICTIONAL PROBLEMS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: A STUDY OF BELGIAN, DUTCH, ENGLISH, FRENCH, NORWEGIAN, SWISS, US AND WEST GERMAN LAW, Publicación Institut Suisse de Droit Compare, man II, págs. 81-82 cuando confirma que «Article II (2) is perhaps the most poorly drafted provision of the entire Convention. There are two type of problems with it. The first is that the english and french versions of the paragraph mean quite different things. It is, therefore, impossible to say categorically what the provision actually means. The second groups of problems related to the french text which appears to exclude, from the ambit to the Convention, agreements made by means of communication which are, or are becoming increasingly common in international trade»

Por su lado, el art. 1.2 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional (Convenio disponible en internet en la pagina web: [http://www.ceddo.com/leg\\_1-3.htm](http://www.ceddo.com/leg_1-3.htm)) confirma que tal acuerdo debe estar «firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor...». En el mismo sentido podemos encontrar la propia Ley Modelo UNCITRAL cuando confirma que «The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document

segunda, el art. V.1.a) regula la validez sustancial de dicho convenio y atenderá a aquellos requisitos que afecten al «fondo» de mismo, conforme el derecho aplicable al fondo<sup>18</sup>; en el caso español, los arts. 60 y 61 LA.

Al arbitraje de la OMPI puede acudir cualquier persona, natural o jurídica, que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Para la determinación de su capacidad, el Reglamento de la OMPI remite, conforme al artículo 59 c), a las normas que sean de aplicación al fondo del litigio o bien a la ley aplicable de conformidad con el párrafo b) del mismo precepto, es decir, la ley aplicable al *procedimiento arbitral*<sup>19</sup>. Con tal técnica se pretende dar se-

igned by the parties, or in a exchange of letters, telex, telegram, or other means of communication which provide a record of the agreement, or in a exchange of statement of claim and not denied by another party”

<sup>17</sup> Al respecto, *vid.* ESPLEGUÉS MOYA, C. (junto a MONTERO AROCA, E., ORTIZ RAMOS, M., CORDON MORENO, E., MONTEO REDONDO, A., BARONA HILAR, S., MASCARELLI N. VARRO, M.) *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, 1980, págs. 311 y 317.

<sup>18</sup> Nos encontramos ante una norma de conflicto con punto de conexión múltiple de carácter alternativo, orientado a dar validez al convenio arbitral en todo caso.

Si el derecho aplicable resulta ser el español, deberá de estarse al artículo 1.263 del Código Civil relativo a la capacidad de las partes para contratar. No podían comprometerse contractualmente y, por tanto, celebrar convenio arbitral, los menores no emancipados, los locos o dementes y sordomudos que no sepan escribir. En los demás casos se podrá prestar consentimiento válidamente haciéndose imprecindible que exista una libre disposición del derecho objeto del convenio, con el fin de que éste además de válido, otorgue el poder de decidir a los árbitros.

En este sentido, resultan muy interesantes las afirma-

guridad al éxito del arbitraje, considerando este requisito interpretable según el derecho que le resulte más favorable a su validez, sea como cuestión procesal o de fondo.

Por su parte, conforme a la posibilidad ofrecida en el párrafo b) del art.59 del Reglamento, las normas de Derecho Internacional Privado que se refieren a las leyes nacionales de arbitraje, pueden identificar, según acontece en el caso español, la capacidad para contratar con la exigida por la Ley personal del contratante «para disponer de la materia controvertida» (art.60 I.A). Nuevamente, se plantea el concepto de arbitrabilidad como el elemento clave del convenio arbitral, de modo que «su validez última, dependerá directamente de la arbitrabilidad de la materia que se somete a arbitraje»<sup>11</sup>.

Para saber qué materias pueden ser objeto de arbitraje se deberá recurrir al concepto de *orden público* del ordenamiento nacional donde el laudo se pretenda ejecu-

ciones de CORDÓN MORENO, F. (y otros), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, op.cit., págs. 47 y 48, por las que diferencia los conceptos de *capacidad y legitimación*. «El origen de la «jurisdicción arbitral» -dice el estado autor-, se encuentra en la voluntad de las partes y si nadie puede dar lo que no tiene o aquello sobre lo que no puede disponer, difícilmente pueden conferir las partes «jurisdicción» a los árbitros para que decidan el conflicto relativo a una materia indisponible. (...) No es que quien carezca de poder de disposición no tenga capacidad para otorgar el convenio, sino que no está legitimado para disponer del objeto sobre el que el convenio recae». En contra O'CALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso», «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 1988, de 5 de diciembre», *Actualidad Civil*, núm.1 semana 2-8 enero 1989, pág. 5.

<sup>11</sup> ESPLUGUES MOTA, C., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, op.cit., pág. 317.

tar (art.V.II.b). La arbitrabilidad de la cuestión litigiosa es un requisito *ad validitatem*<sup>12</sup>.

El Reglamento de la OMPI (art.59.a) interpreta la disponibilidad, conforme al derecho aplicable al fondo elegido por ellas o, en caso de silencio, al derecho que estime el tribunal como más apropiado para el caso. En nada difiere en este aspecto la postura adoptada por el Reglamento de la CCI (art.17).<sup>13</sup>

Por su lado, la validez *formal* del convenio arbitral, requiere de ciertas observaciones<sup>14</sup>:

Conocida es la problemática que, especialmente, en el ámbito internacional conllevó la diferenciación entre figuras como el «contrato preliminar o cláusula compromisoria» y el «compromiso»<sup>15</sup>, sin

<sup>12</sup> LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson 1994., pág. 86.

<sup>13</sup> El Reglamento de la CCI, se puede encontrar en su versión en inglés en la página web: [http://www.jurisnet.org/pub/03/en/F\\_7052.htm](http://www.jurisnet.org/pub/03/en/F_7052.htm).

<sup>14</sup> *Id.* VULLIEMIN, J., «La Ley de arbitraje y la especificidad del Arbitraje comercial internacional», *La Ley*, 1990, pág. 919; ESPLUGUES MOTA, C., (y otros), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, op.cit., pág. 317.

<sup>15</sup> *Id.* DIEZ-PICAZO, I., «El pacto de compromiso y la nueva Ley de Arbitraje», *ADC*, 1954, págs. 1155 y ss.; GARCÍA RUBIO, P., «El convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, pág. 72; GUILLÓN BALLESTEROS, A., «Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *La Ley*, 1989-2, pág. 1046; GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, 1956, pág. 37; O'CALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *AC*, núm.1 semana 2-8 enero de 1989; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español*, op.cit., págs. 73-80.

embargo, tal terminología, que utiliza la OMPI en su Reglamento<sup>16</sup>, ha sido desechada.

No importa el medio por el cual se establezca la voluntad de las partes (art.4 Reglamento OMPI) siempre que se haga «por escrito», sin que tampoco sea imprescindible la firma del mismo<sup>17</sup>. La práctica arbitral de la Corte internacional es clara al respecto, al admitir la existencia del convenio y, por tanto, del consentimiento en someterse, tanto en supuestos en los que de las propias características del contrato así se deriva (v.gr. en los casos de personarse grupos de empresas cuando alguna de ellas no ha dado expresamente el consentimiento), como por la propia conducta mantenida por la parte implicada en el arbitraje, etc<sup>18</sup>.

Resta tan sólo poner de relieve la confirmación que dichos Reglamentos realizan en torno al principio de separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato

<sup>16</sup> No obstante lo dicho, somos conscientes de que es ésta la terminología utilizada dentro del ámbito internacional conforme se desprende de la Ley Modelo de UNCITRAL, de 21 de junio de 1985, Reglamento de la misma de 15 de diciembre de 1976 y Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958. Desde 1988 tan sólo se habla de «convenio arbitral».

<sup>17</sup> En relación al Convenio de Nueva York, SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International ... op.cit.*, págs. 82, cuando confirma que «Where the arbitral clause or agreement is contained in a exchange of letters or telegrams, no signature is required for the conditions contained in Article II (2) to be satisfied».

<sup>18</sup> DIMOLITSA, A., «Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement», *Rev.CCI*, núm.7.2., 1996, págs. 17 y 18.

principal<sup>19</sup>. No falta práctica arbitral en tal dirección. Son muchas las razones por las que se intenta invalidar un acuerdo arbitral tomando como base el contrato principal, unas veces, alegando defectos en la formación del mismo, otras veces, por falta de poder o autorización en su firma, etc.<sup>20</sup>; corresponde, por tanto, al centro que lo gestiona, averiguar *ad casum* cuándo realmente debe ser inoperativo el convenio arbitral. El artículo 6.4 del Reglamento de la CCI no deja lugar a dudas al respecto<sup>21</sup>. La misma afirmación podría derivarse del art.36.b) del Reglamento de la OMPI<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> La doctrina sobre la separabilidad de ambos contratos, se encuentra internacionalmente aceptada por varias razones: a) Porque ello parece más conforme con la voluntad de las partes que estipularon el arbitraje, b) Porque así se reducen las posibilidades de impugnar la jurisdicción del árbitro; c) Porque así se pone fin a la irracional distinción entre cláusula arbitral y acuerdo complementario de arbitraje; d) Porque es la cláusula arbitral la que debe producir efectos sobre el arbitraje. *Ud.* SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International ... op.cit.*, págs. 155 y ss.

<sup>20</sup> DIMOLITSA, A., «Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement», *Rev.CCI*, núm.7.2., 1996, pág. 19.

<sup>21</sup> «Si no estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones».

<sup>22</sup> *Ud.* Documento OMPI núm.446. Respecto a esta posible autonomía entre ambos contratos *Ud.* GILFALONSO, M.C., «La caracterización del convenio arbitral en la Ley de 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitrajes», *La Ley*, 2 de marzo de 1990, pág. 3.



parte el arbitraje de la CCI va más allá y otorga competencia a la Corte a quien corresponde la misión de controlar *ex officio* la validez y correcta constitución del convenio, con el fin de asegurar el éxito del arbitraje, siempre que se haga de manera somera y sin afectar al fondo del asunto<sup>37</sup>.

La fecha del inicio es decisiva tanto a efectos de presentación del escrito de contestación a la solicitud de arbitraje como del comienzo de la fase procesal<sup>38</sup>. De esta forma, será computado como *dies a quo* del comienzo del arbitraje el día en el que el Centro de arbitraje de la OMPI recibe el escrito de solicitud del mismo, que no coincide necesariamente con el del procedimiento arbitral<sup>39</sup>. Tampoco existe esa identidad de actos y, por tanto, de fechas en el arbitraje de la CCI, sino que se diferencia claramente entre el momento de *inicio* del proceso arbitral y el de la firma del Acta de misión, momento a partir del cual, verdade-

ramente, comienza a correr el plazo de 6 días del que dispone el Tribunal para dictar laudo (art.4.2).

#### IV. EL TRIBUNAL ARBITRAL

Una vez aceptada por el Centro o Corte de arbitraje la administración del procedimiento, deberá velar porque las partes lleguen a un acuerdo, tanto en cuanto al procedimiento de designación del Tribunal, como en lo referente a la composición del mismo. Solo a falta del acuerdo de ambas partes debería de intervenir el Centro con el fin de designar al árbitro<sup>40</sup>.

##### A. Su designación.

«El Tribunal constará del número de árbitros convenido por las partes»<sup>41</sup>. Sólo a falta de acuerdo, le corresponde a los Centros de arbitraje decidir sobre su número, bajo la óptica de ambos Reglamentos, el órgano arbitral será impersonal, salvo que existan razones para motivar al Centro a que

<sup>37</sup> KLEIN, E. «Disagreement on the scope of an arbitration», *Rev. CCI*, núm. 7, 1996, pag. 28 cuando afirma que «the Court will follow the letter of the text and will make a surface examination of the will of the parties. This is a purely factual examination and consists in noting the existence or non-existence of the clause. Given that it is disconnected from any applicable law, the Court's examination will be the same regardless of the law applicable to the dispute agreement (C)». This aspect clearly distinguishes the Court's work from that of an arbitral tribunal».

<sup>38</sup> *Ibid.* GURRY, E. *Conferencia on Rules... op.cit.*, par. 16, «... the date of commencement of the arbitration is the date on which the Request for arbitration is received by the WIPO Arbitration Center. Under Article 8, the Center must inform the claimant and the respondent of the receipt of the request for arbitration and of the date of the commencement of the arbitration».

<sup>39</sup> *Ibid.* artículo 3<sup>o</sup> del presente Reglamento, el cual resulta muy controvertido.

<sup>40</sup> Efectivamente, con el fin de evitar que quede frustrado el arbitraje, el Centro de arbitraje de la OMPI se inmiscuye, en ocasiones, excesivamente. Su justificación, según vemos es clara, pues el Reglamento lo permite «only that device of supervision on the part of WIPO Arbitration Center is necessary to ensure that the essential elements of the arbitral procedure are set on foot». GURRY, E. *Conferencia on Rules... op.cit.*, pag. 16.

<sup>41</sup> No obstante dicha libertad, las partes deberán asegurarse de que el número convenido está permitido por el Derecho del lugar de celebración del arbitraje, aplicable al procedimiento. Para evitar problemas es aconsejable acudir al asesoramiento del Centro. En el caso español la Ley exige un número impar con el fin de evitar posibles empates y en el caso de que las partes guarden silencio el Tribunal tendrá carácter colegial y al integrarse por tres árbitros.

decida lo contrario. «en cuyo caso el Tribunal constará de tres árbitros» (art.14 Reglamento OMPI y art.8.2 Reglamento CCI).

Obviamente, la autonomía de la voluntad de las partes prima y, sólo ante la falta de pronunciamiento de las mismas en torno a dicho procedimiento de designación, se pondrán en marcha los mecanismos sustitutivos aplicables por el Centro, en especial, nos referimos al «procedimiento por defecto» (art.19 Reglamento OMPI)<sup>31</sup>. El sistema resulta complejo y costoso.

El arbitraje impartido por la CCI se basa en la propuesta de candidatos, que rea-

<sup>31</sup> Son varias las posibilidades que recogen los Reglamentos:

1<sup>o</sup>) Resulta posible que el «Tribunal» se encuentre compuesto por un sólo árbitro; en este supuesto, primará la autonomía de la voluntad de las partes (arts. 15.a) y 16.a) Reglamento OMPI y 8.3 Reglamento CCI). Pero, es más, en caso de alcanzar tal acuerdo sobre la persona que ha de decidir, en el supuesto de la CCI, le corresponde confirmar tal nombramiento a la Corte, una vez corroborada la independencia de sus miembros. Sin embargo, lo más usual es que las partes en conflicto no lleguen a un consenso, cuando se trata de un solo árbitro; interviene, entonces, la Corte y selecciona uno de los *Comités Nacionales que componen la Cámara de Comercio Internacional* para que le propongan. La propuesta realizada debe ser igualmente corroborada por la Corte. El sistema de la CCI nos parece a todas luces adecuado, pese a que la misma denominación de «tribunal» pudiera resultar antagónica con la configuración unipersonal del órgano.

Frente a éste, en el arbitraje diseñado por la OMPI le corresponde al Centro nombrar un árbitro directamente de la oferta que permanentemente tiene y, tan sólo, atendiendo a las razones que «subjetivamente» entienda como más oportunas.

2<sup>o</sup>) Puede ser, sin embargo, que el Tribunal tenga, efectivamente ese carácter colegiado, bien por que ha mediado mención expresa de las partes en rela-

ción al número de árbitros, o bien porque, ante su silencio, los Reglamentos atribuyen a sus Centros tal determinación, «dadas las circunstancias del caso». Son dos las posibilidades que encontramos al respecto:

a) *Dualidad de posiciones compuestas por una sola parte*. En tal caso rige la autonomía de la voluntad de las partes (art.15.a) Reglamento OMPI y art.8.4 Reglamento CCI); elegido el árbitro por cada una de ellas, ambos deberán ser los que nombren al árbitro presidente (art.17 Reglamento OMPI), sin olvidar la posibilidad ofrecida por el Reglamento de la CCI de que sea directamente la Corte quien designe al presidente, salvo que la reserva de las partes en favor de tal designación la hiciera un tercero.

b) La otra posibilidad que ofrecen los Reglamentos es la dualidad de posiciones integrada, a su vez, por pluralidad de partes, es decir, *arbitraje multi-partite*. Rige, como en los otros supuestos, con carácter prioritario el acuerdo de las partes, de forma que, cada posición elige a un árbitro y ambos, de común acuerdo, elegiran al árbitro presidente. En el supuesto establecido para la CCI, ante el desacuerdo, le corresponde a la Corte solicitar del Comité Nacional la propuesta de un miembro para que ejerza tal función y sólo excepcionalmente podrá designarlo ella misma sin acudir a este sistema de comités (art.9.3 y 4 Reglamento CCI).

3<sup>o</sup>) El arbitraje de la OMPI hace referencia al denominado «nombramiento por defecto» *ex art. 19*. En este precepto se alude a los supuestos en los que existe una ausencia de pronunciamiento de parte.

Se diferencia entre los casos en los que el tribunal es colegiado (19.a), en cuyo caso «el Centro procederá inmediatamente» a su nombramiento, y aquellos otros en los que el órgano arbitral es unipersonal o falta nombrar al presidente, cuyo sistema de nombramiento resulta algo más complejo.

El Centro procede a la realización de una lista de árbitros en los que concurren las posibles características y aptitudes solicitadas por las partes. Cada parte puede suprimir a los candidatos que no desee y deberá enumerar, de entre los restantes, su orden preferente. Se dispone de un plazo de 20 días para la devolución al Centro de la lista confeccionada y el silencio se entenderá positivo, es decir, en favor del orden establecido previamente por el mismo. De entre los candidatos comunes, el Centro elige al árbitro presidente en su caso. A falta de coincidencia, igualmente, procederá el Centro a su designación.

lizan las sedes de representación nacional. Sólo en el caso «de no aceptar la Corte la propuesta, o si el Comité nacional no la presenta en el plazo fijado por la Corte, o si la parte en cuestión es nacional de un país en el que no se haya constituido Comité nacional, la Corte quedará en libertad de elegir a la persona que estime apropiada» (art.9.6 Reglamento CCI).

### B. Su imparcialidad

«Todo árbitro será imparcial e independiente» (art.22 Reglamento OMPI). Con un tenor distinto, hace igualmente alusión el Reglamento de la CCI cuando afirma: «todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje» (art.7.1).

Tal *status* viene garantizado en la práctica de forma muy variada. En ocasiones, encontramos que los centros de arbitraje se decantan por asegurar que el órgano que decide goce de una nacionalidad diferente a la de las partes, con el fin de evitar cualquier tipo de hostilidades (art.20 Reglamento OMPI y art.9 Reglamento CCI); otras veces, se observa asegurada la imparcialidad a través de una serie de prohibiciones establecidas entre el árbitro y las partes (art.21 Reglamento OMPI); en ocasiones, a través de la intervención de los citados comités nacionales (art.9 Reglamento CCI), pero, sobre todo, mediante los mecanismos procesales destinados a lograr una efectiva imparcialidad, como son, la recusación y la abstención<sup>31</sup>.

Por un lado, el artículo 22 del Reglamento de la OMPI establece la obligación de comunicar al Centro y a las partes cualquier causa por la que él considera que podría no ser imparcial, tanto en el momento de aceptar el cargo como en cualquier otro momento del arbitraje. En este caso, se entiende que el árbitro renunciaría al ejercicio de su cargo voluntariamente (art.28) y sería revocado en su nombramiento (art.30)<sup>32</sup>.

*que aseguren el desinterés del árbitro en el caso con creto que se le presente. A esta idea se le denomina imparcialidad y su ausencia constituye, en todo caso, causa de anulación del laudo dentro del derecho interno (art.18.2 I.A), así como en el Derecho Internacional (art.VI.D) del Convenio de Nueva York y art.12 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI.*

Con el fin de evitar una laguna tan peligrosa en relación a los conceptos que ahora estudiamos, encontramos, dentro de este ámbito internacional, una equiparación casi unánime entre las causas de abstención y recusación que, posibilita afectar dentro del ámbito al cualquier derecho interno a los jueces y magistrados, con las que puedan predicarse de los árbitros. De este modo, se expresa los artículos 10 y 12 del Reglamento y de la Ley Modelo, respectivamente.

Respecto a la independencia, es doctrina procesal unánime en todos los ordenamientos, el concebirla como el no sometimiento del órgano decisor a ningún otro «poder», de modo que, lejos de cualquier influencia externa, deberá ser independiente no sólo respecto de la controversia concreta sobre la que ha de decidir, es decir, imparcialidad, sino que verdaderamente es titular de una jurisdicción en la que se impide entrar a jueces y magistrados o a cualquier otro tipo de agente externo. Dicho esto, es preciso observar que el Centro encargado de administrar el arbitraje no puede, en ningún caso, extralimitarse de sus funciones de *inero* gestor que procura la consecución del arbitraje, no pudiendo impartir el mismo. Es el presente Reglamento arbitral el que debe de asegurar dicha independencia en el arbitro a la hora de ejercer sus funciones que, si se llevasen a cabo conforme al mismo, deberán producir la eficacia de cosa juzgada de ese laudo arbitral.

<sup>32</sup> Se ha de tener siempre en consideración el derecho

<sup>31</sup> En principio, dichas exigencias no dejan de ser simples postulados si no son acompañadas de un verdadero régimen de recusación y, en su caso, de abstención,

Frente a tal sistema, encontramos una obligación similar en el Reglamento de la CCI cuando afirma el deber de suscribir, *ab initio* y por escrito, un documento de declaración de independencia en el que dé «a conocer a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia» (art.7.2). A tal obligación quedará igualmente sujeto durante todo el *iter* procedimental<sup>36</sup>.

Sin embargo, el concepto de *recusación* que delimitan estos Reglamentos de arbitraje, requiere de un acto de parte por el que se alegue la existencia de causa objetiva<sup>37</sup> de imparcialidad. En el supuesto de la

---

interno del país donde se pretenda hacer valer el futuro laudo arbitral incluso a efectos de imparcialidad. En tal sentido, se plantea la duda sobre la posibilidad de que un sujeto que hubiera sido declarado judicialmente responsable o que con anterioridad hubiera incumplido su encargo fuera, sin embargo, nombrado por las partes en un arbitraje internacional auspiciado por el Centro, considerando dicha causa contraria al orden público de nuestro ordenamiento interno y, por tanto, tenido en cuenta a efectos de una denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero (art.45.5).

<sup>36</sup> Puede que la revocación del nombramiento sea a solicitud de propio árbitro (art.30). En este caso se requiere el consentimiento de ambas partes o bien del Centro para dar validez a la pretendida abstención y, la calificación de «pretendida», porque no necesariamente puede darse por razones de imparcialidad, sino que puede ser una decisión unilateral del árbitro; por este motivo se exige el consentimiento mutuo o del Centro. Estos sujetos tendrán necesariamente que conformarse con dicha renuncia con el fin de no continuar con un árbitro que no quiere ejercer «fíelmente su encargo».

<sup>37</sup> En la práctica, las causas que se suelen alegar son las siguientes: relaciones comerciales y vínculos personales entre los árbitros y las partes, el hecho de ser el árbitro funcionario en el país de alguna de las partes, por haber sido nombrado en varias ocasiones en diferentes

OMPI, tal comunicación se debe hacer al centro, al Tribunal -si estuviere constituido- y a la otra parte en los 15 días siguientes contados a partir de la recepción de la notificación del nombramiento, o bien, de tener conocimiento de la causa que le inhabilita para ser árbitro (art.25). Contrariamente, el Reglamento de la CCI establece un único escrito de comunicación en la Secretaría de la Corte, pero con un plazo más amplio (30 días), esto es «desde la recepción de la notificación de nombramiento del árbitro o de su confirmación» por la Corte o, en caso de que la causa hubiera sido conocida con posterioridad a tal nombramiento, el *dies a quo* se computará a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de la condición de *arbitrator suspectus* (art.11.2 Reglamento CCI).

Tras la revocación es probable que no exista consenso de ningún tipo ni por parte del árbitro ni de la otra parte; en este caso, le corresponde al Centro decidir sobre tal recusación, «de conformidad con sus procedimientos internos» -siguiendo la terminología del arbitraje de la OMPI (art.29)- o a la Corte de arbitraje (art.12.1 Reglamento CCI). «No se exigirá al Centro que explique las razones de su decisión»<sup>38</sup>; es más,

---

procedimientos pero con la misma compañía o empresa, por haber mediado contactos preliminares entre el árbitro y una de las partes, por mediar relaciones filiales entre el árbitro y abogado de parte, relación de subordinación, vínculos profesionales entre los abogados, etc. *Id.*, HASCHER, D., «ICC practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrator», *Rev.CCI*, 1995, núm.VI/1, págs. 4-18.

<sup>38</sup> A la luz de lo que acabamos de exponer, concluimos que dicha resolución no sólo es irrevisable sino que «el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo» (artículo 18.2 LA); en este supuesto, al pretender la denegación del

incluso puede que la propia Corte decida unilateralmente cesar en su cargo al árbitro por existir razones *de iure o de facto* que le impiden cumplir con sus funciones arbitrales (arts. 12.2 Reglamento CCI y art. 32 Reglamento OMPI).

El Reglamento solo prevé la posibilidad de sancionar a la parte que no actuó diligentemente, no permitiéndole volver a designar a otro.<sup>17</sup> Pero en nada difiere esta situación de la mantenida en el Reglamento de la CCI<sup>18</sup>.

laudo conforme al Convenio de Nueva York por no haberse dado un nombramiento o haber acordado con la institución del árbitros.

<sup>17</sup> Acertadamente, el Reglamento de la OMPI distingue entre aquellas situaciones en las que, bien la recusación no responde a una falta de discreción por parte del sujeto que designa o elimita, o en la revocación se realiza de mutuo acuerdo de las partes, o bien porque el árbitro renuncia voluntariamente, y las recusaciones. Ante esta triple alternativa, se debe acudir al procedimiento ordinario para nombrar un árbitro (art. 15 a 18 y, en su caso, al procedimiento de defectos previsto en el Reglamento art. 19). En todos los casos, entenemos que debería hacerse uso del principio de contradicción, como mínimo para la parte que actúa a favor de derecho.

<sup>18</sup> Como vemos, esa sanción sólo es efectiva si realmente el Centro no hace uso de esa facultad discrecional que se ha reservado. De otro modo, no sólo se le priva de castigar la falta de diligencia, en su caso, de mala fe, sino que se sancionará a la parte buena fe de la parte que cumple con sus obligaciones durante el procedimiento.

<sup>19</sup> El procedimiento arbitral establecido por la CCI no hace referencia alguna a tal respecto, sino que se limita a establecer una potestad discrecional para la Corte de arbitraje: «En caso de sustitución de un árbitro, decidirá de manera discrecional si sigue o no el procedimiento original de la demanda, o si la reconstituye, el Tribunal Arbitral convocará, después de haber avisado a las partes a presentar sus observaciones, si y en qué medida se repetirán las actuaciones» (art. 12.4). Tal

Sustituido el árbitro, conforme a esa suerte de *principio de inmediación* propio del arbitraje, queda a decisión del tribunal arbitral la suspensión del procedimiento y/o repetición de actuaciones.<sup>20</sup>

## V. EL INICIO DEL PROCESO ARBITRAL

El  *dies a quo*  es muy diferente en ambos Reglamentos de arbitraje. A tenor del artículo 63 del Reglamento de la OMPI, el tribunal dispone de nueve meses para dictar el laudo a partir del día en el que se contestó a la demanda o del establecimiento del tribunal.<sup>21</sup> Transcurridos estos nueve meses,

facultad nos parece exclusiva, en tal sentido, nos parece que el Centro no interviene al decidir por la OMPI.

La CCI y la OMPI estáis haciendo una excepción a todo lo dicho para el caso de que el tribunal se haya constituido una vez realizada la instrucción del asunto (art. 17.5 y 18.1, respectivamente). Ambos Reglamentos permiten al Tribunal, inescrupulosamente, con el procedimiento sobre la base de la actuación de los descontentos miembros, sin necesidad de suspender. Sólo en el caso de que los dos árbitros decidieran continuar el arbitraje sin la participación de un tercer árbitro, el Centro, previa prueba suficiente de que el árbitro ha dejado de participar en la labor del Tribunal, declarará la plaza vacante y, en ejercicio de su plena jurisdicción, conmutará un árbitro sustituto, salvo acuerdo contrario de las partes (art. 38 Reglamento OMPI). Si esta situación puede resultar grave a la hora de dictar el laudo arbitral, todavía resulta más criticable cuando la decisión lo corresponde tomada unilateralmente al Centro, según también acontece en el arbitraje establecido por la CCI (art. 17.5 Reglamento CCI).

<sup>20</sup> Una o otra fecha dependerá de que se haya utilizado o no el sistema de interposición conjunta del escrito de solicitud de la demanda (*single system*) o se haya hecho por separado (*two-steps system*), respectivamente.

el tribunal dispone de tres meses más para pronunciar su laudo definitivo. Tal afirmación debe ponerse, pues, en conexión con la formulada en el artículo 37 del presente Reglamento, de modo que, sólo se puede entender como establecido el tribunal «tras (el) nombramiento» de los árbitros, día a partir del cual «el Centro transmitirá el expediente». Ante esta afirmación son varias las dudas que se nos presentan<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> En primer lugar, aunque nada se diga, el tribunal debe entenderse constituido *tras* la aceptación de los miembros del mismo y su comunicación al centro de arbitraje (art. 23) y, además, entendiéndose sin perjuicio de las posibles recusaciones que pudieran darse durante esta fase. Incluso nos parece más acertado pensar que debería darse por inicetado a partir de solucionada la última recusación.

De entenderse el inicio del procedimiento *tras* la última recusación, el laudo final debería dictarse en los nueve meses siguientes a partir de la incorporación del árbitro sustituto. Si, por el contrario, realizamos una interpretación acorde con la celeridad intrínseca al arbitraje, tras esa aceptación por escrito del árbitro (art. 23), comienza a computar el *dies a quo* del procedimiento, con lo que puede haber un mes de diferencia (15 días durante los que se recusa al árbitro y otros 15 para la contestación de la otra parte) a la hora de cumplir los plazos estipulados para dictar el laudo (art. 63), sin perjuicio de la posibilidad de que disfrutan los árbitros de suspender las actuaciones durante la fase de recusación (arts. 31 y 35, 33 c) y 27).

Ya aludíamos con anterioridad a un supuesto, más bien teórico, por el que el árbitro no contestara a la propuesta de nombramiento o al dirigida y podría considerarse el silencio positivo contrariamente a lo que acontece en la Ley de Arbitraje Española (art. 15.2)². Nada dice el Reglamento en relación a esta cuestión pero, si bien no podría entenderse así, pues el arbitraje no puede comenzar hasta que no se encuentre «establecido el Tribunal», incluyendo este momento, no sólo el nombramiento y la aceptación del árbitro por escrito y comunicada al Tribunal (art. 23 b) Reglamento OMPI), sino que tal comunicación del «establecimiento» debe alcanzar a *ambas partes* (art. 23 e) Reglamento OMPI) y el arbitraje estipulado por la CCI ha

En la práctica arbitral, son numerosos los problemas que se derivan durante la determinación de ciertos aspectos procedimentales, en especial, cuando el árbitro intenta delimitar los puntos litigiosos a decidir, pues «las partes pueden sospechar que su formulación carece de neutralidad»<sup>45</sup>. Esta acta de misión — comúnmente denominada *terms of reference*— no se encuentra regulada en el arbitraje de la OMPI (art. 47).

La vinculación que tal acta produce alcanza hasta el punto de que «una vez firmada (...) o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconventionales, que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del tribunal arbitral, el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en la que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes» (art. 19 Reglamento CCI). Con ello se agilizan los plazos y asegura el procedimiento arbitral<sup>46</sup>, pues se garantiza que, en el lapso de dos meses desde la entrega del expediente por la Corte al tribunal, quedarán establecidos tales mínimos procedimentales. Si alguna de las partes se situación resulta más clara por corresponder con exclusividad a la Corte de Arbitraje la confirmación de cada uno de los nombramientos o la designación a través de los Comités Nacionales, en su caso, de éstos (art. 9).

<sup>44</sup> CRIMMIDI S. B., «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de comercio internacional», *Derecho de Negocios*, Año 8, núm. 85, págs. 4.

<sup>45</sup> Al respecto *vid.* SCHNEIDER, F., «The terms of reference», *Rev. C. C. I.*, 1997, núm. 580, suplemento especial, págs. 26-37 y SCHAFFER, E., «The ICC arbitral process: Terms of reference in the past and in the present», *Rev. B. C. C.*, núm. 311, págs. 8-13.

niega a firmarla, le corresponde a la Corte decidir sobre la eficacia de la misma, evitando con ello, que tal negativa suponga un retraso o posible fracaso del arbitraje (art.18.3 Reglamento CCI).

Deberíamos plantearnos la posibilidad de condicionar la validez de dicha aceptación y, por tanto, del inicio del procedimiento al hecho de que los árbitros propuestos hayan tenido conocimiento, aunque no sea con carácter amplio, del *thema decidendi*. A tal respecto encontramos acertada el *acta de misión* y el artículo 18 Reglamento CCI deja fuera de discusión tal cuestión.

También en el Acta deben fijarse el lugar e idioma del arbitraje. En relación con el primero, el Reglamento de la OMPI sigue las directrices ya consolidadas por el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (art.16) y acogidas por el propio Reglamento de la CCI<sup>4</sup>, pues con carácter previo, queda sujeta su determinación a la voluntad de las partes (art.39 Reglamento OMPI). Éstas deberán tener en cuenta que el laudo se entiende dictado en el lugar donde se celebre el arbitraje y, por tanto, deberá estarse a los requisitos que allí se exijan para la celebración del mismo. (art.39.e) Reglamento OMPI). En segundo lugar, y a falta de acuerdo entre las partes, corresponde al Centro la elección del lugar de celebración del

mismo (art.39 Reglamento OMPI y 14 Reglamento CCI). Por tanto, resulta de significativa transcendencia el asesoramiento que el Centro preste a las partes en estas circunstancias debido a los efectos antes aludidos (art.62.e)<sup>5</sup>.

Existe la posibilidad de que el Tribunal decida, oídas las partes, celebrar ciertas audiencias en lugar distinto al establecido con carácter previo (art. 39.b). Ésta es una de las novedades sobre las que ha hecho hincapié el nuevo Reglamento de la CCI con el fin de contrarrestar los problemas que en la práctica se ha generado a la hora de adoptar esta decisión.

Por último, el *idioma* del procedimiento arbitral será el idioma en que se haya realizado el convenio arbitral, «a menos que las partes hayan llegado a un acuerdo en contrario» (art.40 Reglamento OMPI). No obstante, el Tribunal «habida cuenta de cualquier observación formulada y de las circunstancias del arbitraje» podrá decidir sobre la lengua del procedimiento. En tal punto parecen coincidir ambos Reglamentos (art.16 Reglamento CCI y 40 Reglamento OMPI). En ningún caso queda vinculado por la lengua del contrato<sup>6</sup>.

Se podría llegar a aceptar, contrariamente a lo estipulado en dicho precepto, un idioma que no sea el oficial en el lugar de

<sup>4</sup> Artículo 14 de la nueva *ICC Rules* de 1998 y BLESSING, M., «The ICC arbitral process. The procedure before the arbitral tribunal», *International Chamber of Commerce Review*, núm.III/2., págs. 25-26 establece un listado de cuestiones que pueden dar lugar a diferentes interpretaciones en torno al lugar de celebración.

<sup>5</sup> En este sentido coinciden también los arts.16 UNCTRAL Rules, 20 UNCITRAL Model Law, 13 AAA Rules y 7.1 ICSA Rules. *Id.* BLESSING, M., «Drafting Arbitration Clauses», WIPO Pub. Núm 728, 1994.

<sup>6</sup> CRI:MADE'S.B., «Nuevas reglas de arbitraje en...», *op.cit.*, pág. 9.

celebración del procedimiento, si las partes lo conocieran y lo aceptarán<sup>50</sup>.

## VI. POSIBLES ACTITUDES DE LAS PARTES

Tras la comunicación del establecimiento del Tribunal a las partes, la demandante dispone de un plazo de 30 días para la interposición de la demanda, de la que dará notificación tanto al demandado como al mismo Tribunal (art. 11.a) Reglamento OMPD<sup>51</sup>). Nos encontramos, pues, ante el

No se nos pasa inadvertida la numerosa doctrina que tiende a reconocer que junto al «deber de fidelidad» que nace para el árbitro a la hora de desempeñar su cargo que surge tras la aceptación del arbitraje, nace un derecho a saber —con carácter previo— y a que permanezcan inamovibles —durante el procedimiento arbitral— las condiciones de *lugar e idioma*. Puede resultar tan determinante para la aceptación del oficio de arbitraje tener constancia tanto del objeto litigioso o la relación jurídica de la que puede derivarse éste, como del idioma en el que deben trabajar los árbitros o el lugar de celebración del mismo a efectos de posibles responsabilidades. Estamos de acuerdo con VERDIERA Y TUFELLES, E.: «La elección del lugar y del idioma del procedimiento arbitral». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995, pag. 96, en que tras la aceptación del cargo arbitral no debería permitirse a las partes la modificación de estas condiciones sin previa consulta y aceptación del árbitro, pues el acepto —sujetándose a unas condiciones por las cuales y, sólo por ellas, puede sentirse responsable—

<sup>50</sup> Son dos las posibilidades que debemos de diferenciar en este primer parágrafo. Cuando el Reglamento dice: «A menos que el escrito de demanda acompañe la petición de arbitraje...», se está refiriendo al supuesto de presentación de «*escrito de solicitud de demanda*» con junta o *one-stage system*, según se vio. En segundo lugar, el citado precepto alude al supuesto de presentación separada de ambos escritos, «dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la notificación por el Centro del establecimiento del Tribunal».

denominado *procedimiento compuesto o two-stages*, en el que quedan diferenciados el inicio del arbitraje (*escrito de solicitud*) y el momento en el que inicia el procedimiento arbitral (*escrito de demanda*). Contrariamente, en el Reglamento de la CCI el artículo 4.2 establece la presentación conjunta de ambos documentos, así como el necesario anticipo requerido por la secretaría de la Corte.

Y es precisamente aquí cuando se nos presenta un dudoso problema: ¿surge para el Tribunal una obligación de fallar ante la posible inactividad de parte? Las soluciones adoptadas por el reglamento de la OMP/ICS y de la CCI son muy dispares.

### A. Actitud inactiva de las partes

Con carácter previo al inicio del procedimiento arbitral, es probable, al tenor del art. 56.a) del Reglamento de la OMP/ICS, que el demandante deje de actuar. Llegado este caso, los árbitros deben dar por acabado el procedimiento pues, nos encontramos ante un desistimiento. Salvo que la parte demandada quisiera reconvenir, no ha lugar a continuar con el procedimiento arbitral<sup>52</sup>; si los árbitros no se encontraban nombrados, se acudirá al procedimiento *por defecto* del art. 19 Reglamento sustituyendo el Centro el silencio del demandante que permanece inactivo.

Si por el contrario, es el demandado el que permanece pasivo, el Tribunal *debe*

De esta forma, si el demandante —ahora demandado— no prueba y el demandado que reconviene a si lo hace, el primero sufrirá las consecuencias de no defenderse, y el órgano dictará laudo arbitral, en su caso, a favor del demandado.

que no «podrá», según reza el art.56.b) del Reglamento de la OMPI- continuar hasta dictar el laudo arbitral *secundum allegata et probata*.

En segundo lugar, puede que la inactividad se dé durante el procedimiento arbitral. En esta ocasión, el art.56.c) habilita al Tribunal para que continúe con el procedimiento, teniendo en cuenta el principio de preclusión. Nuevamente, podemos diferenciar dos situaciones generadoras de repercusiones de diferente índole:

Efectivamente, si la inactividad fue *unilateral*, con independencia de la parte que la llevare a cabo, el procedimiento continúa hasta que llegue a dictarse laudo arbitral. No es una mera posibilidad para el árbitro, sino una obligación. Sin embargo, la inactividad puede provenir de *ambas partes*. En este caso, la inactividad deberá poner fin al procedimiento, pues sin un precepto de este tipo, no es posible presumir una voluntad proclive a continuar con el arbitraje. Esta vez, el desistimiento bilateral no debe de ser expreso (art.31 LA).

- Por lo que al arbitraje de la CCI se refiere, la situación resulta más sencilla:

a) Con carácter previo al procedimiento arbitral la postura de la parte demandante solo puede ser una: la de presentación del escrito de demanda incluyendo -de entre sus mínimos- la designación del árbitro que crea oportuno.

Sin embargo, la parte demandada puede presentar desde un primer momento una actitud inactiva. Para ello el Reglamento ha dado poderes suficientes a la Corte

(art.18), con el fin de que esta postura no imposibilite la continuación del procedimiento arbitral, para que haga continuar el procedimiento, afirmando que «si alguna de las partes rehusa o se abstiene de participar en el arbitraje o en cualquier etapa de éste, el arbitraje procederá no obstante dicha negativa o abstención» (art.6.4 Reglamento CCI)<sup>53</sup>.

b) La misma situación se hace extensible a la inactividad de parte durante el procedimiento arbitral. La obligación de fallar a la que se encuentra el tribunal una vez establecido, no cesa por la inactividad de una de las partes. Tan sólo por acuerdo bilateral de ambas partes se podría poner fin al procedimiento pero, incluso en este supuesto, el acuerdo al que lleguen las partes debe adoptar la forma de laudo, y ser aprobado por el Tribunal, y luego por la Corte, como trámite meramente formal (art.26). Pero nuevamente, en el caso de que las partes no lleguen a ningún tipo de transacción y tan sólo quieran poner fin al procedimiento, deberán hacerlo de modo expreso, y ésta será otra diferencia frente al arbitraje de la OMPI. Nos parece correcta tal expresión por escrito de la voluntad de las partes a efectos de evitar futuras causas de oposición vía judicial.

## B. Actitudes activas

Existen claras diferencias entre los sistemas establecidos por los Reglamentos

<sup>53</sup> BLESSING, M. «The procedure before the arbitral tribunal...» *op.cit.*, pag. 28, reconoce que tal postura ha sido adoptada siguiendo las pautas de la Ley y Reglamento UNCTRAL, LCIA, AAA y permite en todo caso seguir al tribunal con el procedimiento a pesar de la abstención de la parte o su inasistencia.

que ahora estudiamos. No importa que el contenido de la demanda se presente en una única solicitud o en dos fases, según se trate de un tipo de procedimiento simple o compuesto. En definitiva, lo importante es que figuren ciertos datos<sup>71</sup>:

a. El escrito de contestación a la demanda:

Transcurridos los 30 días siguientes a la recepción del escrito de demanda<sup>72</sup>, «o, a más tardar, dentro de los 30 días siguientes a la notificación por parte del Centro del establecimiento del Tribunal, el demandado comunicará su contestación de la demanda al demandante y al Tribunal». Con ello se confirma la doble posibilidad que admite el Reglamento de Arbitraje de acumular el escrito de contestación a la solicitud de arbitraje y el de contestación a la demanda (arts.12 y 42 Reglamento OMPI), o por el contrario, presentarlo separadamente.

Especial transcendencia adquiere, sin embargo, la posibilidad de *reconvénir* y de interponer la *excepción de compensación* de los artículos 42.c) y 11 del Reglamento OMPI y art.5.5 y 6 del Reglamento CCI, cuyos contenidos deben ser los mismos que

los requeridos para el escrito de demanda.

Por lo que a la posibilidad de *reconvénir* se refiere, nos encontramos ante una situación similar. El Reglamento de la OMPI no contiene limitación específica alguna. Es una cuestión de fondo y será alegable en la contestación a la demanda, o «en circunstancias excepcionales, en una etapa ulterior». No se entiende a qué circunstancias puede referirse, pues la reconvencción sólo puede hacerse en el escrito de contestación; cuestión diferente es que pueda permitirse que se realice a través de una «enmienda al escrito de contestación a la demanda», una ampliación o nueva delimitación del objeto (art.44).

No parece posible que el demandado fuera declarado *rebelde* por no comparecer a presentar su contestación a la demanda (art.56.b). Se permite al Tribunal -cuando en realidad se trata más bien de una obligación- que continúe con el procedimiento arbitral hasta dictar el laudo *secundum allegata et probata*, pues se trata más bien de inactividad que de *rebeldía formal*.

b. Enmiendas al escrito de demanda o al de contestación a la misma.

El posibilidad parece sólo plantear dudas ante el arbitraje de la OMPI pues, por el contrario, el Reglamento de la CCI ha dejado clara la posibilidad en su art.19. «una vez firmada el acta de misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconconvencionales, que estén fuera de los límites, *salvo autorización del tribunal*, el cual deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en la que se

<sup>71</sup> a) Nombre completo de la demandante y calidad en la que interviene, b) Descripción de la naturaleza y circunstancias o hechos que han dado lugar a la demanda; c) Relación completa de los hechos y fundamentos de Derecho en apoyo de la demanda, con inclusión de una indicación del objeto de la misma, d) Cuestiones procedimentales oportunas, e) Así como, «En la mayor medida de lo posible, el escrito de demanda deberá contener las pruebas documentales en las que se apoye el demandante, junto con la lista de esos documentos» (art. 11.b) y el Reglamento OMPI y 20.6 Reglamento CCI)

<sup>72</sup> En este punto coinciden los plazos de contestación en ambos Reglamentos.

encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes». Por tanto, fuera de lo establecido en el acta de misión, si no se tiene la aceptación de la Corte no se admitirá modificación alguna del escrito de demanda y contestación en los términos pactados en el acta de misión.

Ante el arbitraje de la OMPI, el tribunal puede encontrarse con dos posibles situaciones:

a) De un lado, puede que *las partes hubieran establecido plazos preclusivos* para formular dichas alegaciones iniciales, tras los cuales no debería aceptarse modificación alguna del objeto del proceso. En este supuesto, las partes no parece que puedan realizar las pretendidas enmiendas por razón de que los arts.56 y 58 reconocen el principio de preclusión de los derechos. Sólo ante «circunstancias excepcionales» (art.57), el Tribunal podría *motu proprio* recibir y aceptar dichas nuevas alegaciones y pruebas. Tal afirmación resulta, en todo punto, criticable, atendiendo a la obligación de congruencia a la que les somete el Convenio de Nueva York por «excederse de los términos del compromiso» (artículo, V, f.c) CNY), por la vaguedad de los términos utilizados por el Reglamento para habilitar a los árbitros para abrir nueva fase de alegación.

b) Cuestión distinta es que *las partes de consuno no hubieran relegado tal posibilidad*. Entendemos que una ampliación del objeto implica una futura obligación de congruencia para el órgano decisor. Podría ser que el Tribunal inadmitiera la modificación, alegando que la aceptación de su cargo, quedó supeditada a un objeto en concreto. Al margen de esto, no encontramos óbice al-

gundo para no aceptar las enmiendas.

Ante todo, no hay que faltar al deber de *congruencia*. Si el árbitro tiende a obtener la verdad material, no sólo puede introducir *ciertos aspectos inescindibles de la relación jurídica controvertida ex officio*, sino que también deberá admitir los de la parte, en tanto no le hubiera precluido el derecho a hacerlo (art.47 Reglamento, en relación a la posibilidad de pactarlo en un «conferencia preparatoria» y 58 Reglamento sobre la preclusión de derechos).

### C. La oposición al arbitraje

Los tratamientos que recibe este trámite de oposición en uno y otro arbitraje son en gran medida distintos.

El sistema establecido por la CCI es sencillo. En puridad, no hace mención expresa a tal fase de oposición, pero nada obsta a admitirla cuando se afirma la falta de jurisdicción del tribunal y la validez del convenio (aunque sobre tales términos ya se haya pronunciado la Corte y el tribunal), arbitrabilidad subjetiva y objetiva, representación y posible contradicción del orden público<sup>27</sup>.

El tribunal decidirá las excepciones de forma, atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento de la Corte, y «en caso de silencio, a las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea o no con referencia a un Derecho Procesal nacional»; por lo que a las excepciones que afecten al fondo se refiere, el artí-

<sup>27</sup> Al respecto véase BLESSING, M., «The ICC arbitral process: The procedure before the arbitral tribunal», *Rev. CCI*, núm.III 2, pág. 76 y ss.

culo 17 permite a las partes decidir cuál quiere que sea el derecho aplicable a los méritos y circunstancias que afecten a éste y, sólo a falta de mención expresa, le corresponde al Tribunal decidir cuál considera la norma jurídica aplicable al caso. Sólo actuará en equidad cuando las partes lo hayan estipulado de modo expreso (art. 17).

En relación con la fase de oposición establecida en el Reglamento de la OMPI la situación es un tanto más compleja. De hecho, uno de los preceptos que producen mayor inquietud es el art. 36 del Reglamento relativo al control de estos presupuestos procesales.

Son dos las posibilidades que presenta. Por un lado, se argumenta en el citado artículo que «El Tribunal estará facultado para conocer y decidir acerca de (...) (su) competencia», por otro, de oficio vemos que «incluso (podrá conocer de) las objeciones (relativas a) la forma, existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, examinado de conformidad con el artículo 59.b)».

Las causas por las que puede oponerse una parte son agrupables, por una lado, en aquellos supuestos que pueden afectar al *poder o auctoritas* del tribunal por afectar al convenio y/o jurisdicción arbitral<sup>57</sup>, por

<sup>57</sup> Los términos del Reglamento son poco precisos y se refieren a ella como «facultado» que tiene el Tribunal. Contrariamente, constituye una obligación para el mismo observar su jurisdicción, pues se trata de la *Kompetenz-Kompetenz*, según la cual *el árbitro posee competencia para decidir sobre la validez e ineficacia del convenio arbitral*. Esto implica que los propios árbitros decidan acerca de su propia competencia en los casos en los que existan cuestiones perentorias o de fondo que se hallen dirigidas a cuestionar la validez autónoma y aplicación objetiva del convenio arbitral y que se concretarían en la existencia de una *incompetencia objetiva de los árbitros o arbitros* (ORCA

otro, la falta de competencia por inarbitrabilidad/indisponibilidad del objeto de arbitraje<sup>58</sup> y, por último, aquellos otros

NAVARRETE, J., *op. cit.*, págs. 356 y 357

<sup>58</sup> Frente a todo lo argumentado, encontramos una segunda causa de oposición por falta de competencia objetiva o como en el Reglamento se define, *cuando el tribunal excede de los límites de su actuación* (36.b). Sólo cabría plantearse dentro de este ámbito una posible causa de oposición por falta de competencia funcional en los casos en que por convenio se hubiera establecido el denominado *arbitraje de segundo nivel* o, lo que es lo mismo, se hubiera otorgado competencia a un tribunal arbitral de segunda instancia para que resolviera sobre ciertas incidencias. Al respecto *vid.* STALF-VZ., «La "competencia-competencia" de los tribunales arbitrales», *Estudios de Derecho Procesal en honor a Victor Fàtzer Guillen*, Tirant Lo Blanch, 1990, pág. 538.

Nuevamente se «faculta» al Tribunal para que controle de oficio su competencia. Si entendemos ésta en el sentido de «arbitrabilidad» de la cuestión litigiosa, nos encontramos, de nuevo, ante una cuestión de orden público, imponible y que difícilmente va a poder ser sanada por la voluntad de las partes, otorgada con carácter tácito.

Sólo respecto de los supuestos de «inarbitrabilidad» tiene sentido esta excepción de falta de competencia objetiva del artículo 36, pues respecto de la materia, por definición, indisponible, carece de sentido el arbitraje. Tal aspecto se encuentra fuera de discusión en el arbitraje de la CCI, pues la firma del acta de misión representa una delimitación exacta del objeto de la controversia y, de no ser arbitrable, bien el tribunal o la corte denegaría tal arbitrabilidad (arts. 18 y 19 Reglamento CCI).

La segunda cuestión, que a nuestro juicio se debe de tener en cuenta, se refiere al momento de alegación. Resulta patente que, ante los supuestos de inarbitrabilidad, debería darse la oportunidad a las partes o al órgano de oficio, de poder ponerlo de manifiesto en cualquier momento del procedimiento. En el otro caso, consideramos aceptable el silencio con carácter positivo como causa de novación del convenio y, por tanto, alegable «tan pronto surja en las actuaciones la cuestión sobre la que se pretenda que el Tribunal exceda de los límites de su autoridad». No olvidemos que el silencio de las partes ante cualquier causa que afecte al procedimiento o a los méritos del proceso, se entiende como renuncia a tal alegación y no podrá ser utilizado con posterioridad como causa de anulación del laudo arbitral (arts. 58 Reglamento OMPI y 33 Reglamento CCI)

extremos que pueden afectar a la relación procesal arbitral<sup>59</sup> y/o al fondo del asunto. Nos parece muy conveniente el reconocimiento de dicha posibilidad con el fin de evitar posteriores inexecuciones del laudo y, por ende, la frustración del arbitraje<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Son varias las posibilidades inencontrables en este supuesto; es decir, por existir litispendencia, por carecer alguna de las partes de la legitimación necesaria para litigar, falta de capacidad, excepción de cosa juzgada, etc.). Igualmente, por aquellas causas que afectan al fondo por alegarse hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la pretensión.

<sup>60</sup> Este tema ha sido ampliamente estudiado por la doctrina extranjera. Excede de nuestro objeto el estudio pormenorizado de este concepto, pero para entender la razón de ser de este control de oficio, STALEY, Z., «La "competencia-competencia" de los tribunales arbitrales», *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Farión Guillén, op.cit.* Este control aparece ejercido en los arbitrajes institucionales de muy distintas formas:

- a) Ciertos reglamentos atribuyen el control de la Competencia sólo a sus respectivos tribunales arbitrales, con el fin de ser subsanado ante este. Para ello requiere de su previa existencia (ej: Arbitraje de Comercio Internacional);
- b) Que sea el Centro o Corte de Arbitraje quien tenga el control de dicha jurisdicción (ej: Arbitraje de la Cámara de Comercio de China);
- c) Que el Centro examine *prima facie* sin vincular al Tribunal Arbitral que es, en definitiva, quien decide. «Pero si el Consejo ha rechazado la demanda por falta de jurisdicción la decisión obstaculiza cualquier otra decisión arbitral. La parte interesada en someter la controversia a arbitraje debe ejercitar su derecho ante el tribunal estatal competente para que declare que existe un convenio arbitral válido (ej: Reglamento de ICC).

Es condición de la validez del nombramiento del Tribunal arbitral, el propio convenio arbitral y, por tanto, condición de su jurisdicción de modo que, «al verificar la existencia de un convenio arbitral válido, el TA verifica simultáneamente las bases de su existencia misma como órgano de creación de justicia».

Es planteable si por el silencio puede constituirse un *genuino convenio*. Pero el Reglamento de la OMPI es claro al exigir una «voluntad inequívoca»<sup>61</sup>. De lo contrario podríamos encontrar ante un arbitraje forzoso al que se accede por presunción de existencia de jurisdicción por el simple silencio del demandado, derivándose de ésta la posibilidad de impedir a los Tribunales entrar a conocer del asunto<sup>62</sup>. Ésta, que es su gran bondad, puede comportar también su inoperancia.

«En cualquiera de estos casos el Tribunal podrá admitir una impugnación planteada con ulterioridad si considera que la demora es justificada».

## VII. LA PRUEBA

Una vez presentadas las oportunas pruebas junto con el escrito de demanda y de contestación a la misma, resulta recomendable la realización de una *conferencia preparatoria* entre el Tribunal y las partes, a efectos de «organizar y planificar las actuaciones subsiguientes» (art.47 Reglamento

<sup>61</sup> Realmente, de la presunción establecida en el art 38 Reglamento no puede derivarse una posible novación contractual en el sentido aludido sino, tan sólo, podemos extraer del precepto el principio de preclusión.

<sup>62</sup> Recuérdese aquí la STC 174/1995, de 23 de noviembre, BOE 310 suplemento, del 28 de diciembre, que declaró inconstitucional el párrafo 1º del artículo 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación de Transporte Terrestre por tratarse de un arbitraje forzoso y contrario a la naturaleza del arbitraje. Véase mi artículo «La inconstitucionalidad del art.38.2, párrafo 1º, de la Ley de Transportes Terrestres: en tomo a la STC 174/1995, de 23 de noviembre, BOE 28 de diciembre», *Actualidad Civil*, núm.28, semana 7 al 13 de julio de 1997.

OMPI y 18 Reglamento CCI), en especial, resulta interesante para determinar el modo y tiempo en el que ha de practicarse la prueba, si se pactan o no plazos preclusivos, si su valoración podrá hacerse en algún caso de forma tasada, etc.

A pesar de ser un proceso donde se discuten intereses dispuestos, coexisten los *principios de aportación de parte e investigación oficial*, de modo que, fijados los hechos en el acta de misión, se le reconoce al Tribunal poderes para solicitar pruebas y determinar su admisibilidad, pertinencia e importancia; por lo que a la *valoración* de la prueba se refiere, salvo manifestación en contra de partes y teniendo en cuenta el derecho aplicable al procedimiento arbitral, ésta puede ser *libre*.

Por tanto, ambos Reglamentos permiten al Tribunal que, *ex officio*, ordene a cualquiera de las partes que presente los documentos u otras pruebas adicionales que considere necesarias o apropiadas, o puede *motu proprio* nombrar a un experto, requerir el depósito de cualquier bien en su posesión para someterlo a una inspección o examen.

En la última reforma del Reglamento de la CCI se ha dado un gran paso al respecto. El art.20 otorga amplios poderes al tribunal para que actúe durante la instrucción de la causa, mediante el uso de los medios que estime apropiados, señalando las pruebas que en la práctica resultan más pertinentes en un proceso arbitral<sup>77</sup>. De este modo, se hace referencia a la audición de testigos, peritos, los testimonios que podrán

presentarse en la posterior audiencia, el interrogatorio previo de una gran número de testigos a modo de *tamiz*<sup>78</sup>, etc. Se echa en falta, sin embargo, un precepto en el que se ofrezca la posibilidad de solicitar el auxilio judicial a la hora de practicarlas<sup>79</sup>.

Nada se dice sobre la forma del acuerdo o decisión que tienda a aceptar o denegar la pertinencia de la práctica de una prueba. Debemos, a nuestro entender, estar a lo dispuesto en el artículo 61 Reglamento de la OMPI y art.25 Reglamento de la CCI sobre la toma de decisiones, por la cual sólo a falta de acuerdo mayoritario, se permite al presidente del Tribunal dictar la decisión «como si fuese árbitro único».

## VIII. FORMAS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

Es posible, sin embargo, encontrar

<sup>77</sup> En los casos en los que se ha presentado un gran número de testigos, es práctica habitual el que las partes pre-examinen los mismos con el fin de tachar los que no valgan o simplemente hacer una selección con el fin de que el procedimiento se celebre en las sesiones señaladas, *vid.* BLESSING, M., «The procedure before...» *op.cit.*, pag. 34.

<sup>78</sup> No ocurre lo mismo en torno a la adopción de medidas cautelares y la posible ayuda que pueden prestar los Tribunales nacionales. El legislador internacional parece haber olvidado dicha posibilidad cuando, en puridad, el fundamento de ambas actuaciones y la lógica necesidad de intervención de un órgano jurisdiccional puede ser el mismo, a saber, la posible limitación derechos que puede conllevar tanto la práctica de una inspección ocular, por ejemplo, como la adopción de cualquier medida cautelar no consentida por la parte pasiva. De esta forma vemos que se estipula en el artículo 27 de la Ley Modelo CNUDMI, siempre y cuando se hiciera «con la aprobación del Tribunal arbitral». Es una importante garantía de futuro reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

<sup>79</sup> BLESSING, M., «The procedure before...» *op.cit.*, pag. 35.

una actitud en el demandante y demandado que influyan durante el procedimiento arbitral.

Por un lado y, consecuencia del *principio de oportunidad* imperante en el proceso arbitral, el *demandante* puede dejar ejercer su derecho, no presentando su escrito de demanda, con lo que el Tribunal dará por concluido el procedimiento por *desistimiento del actor*<sup>70</sup>. Por otro, si es el *demandado* el que deja de contestar a la demanda, sufrirá las consecuencias de no defenderse y el Tribunal continuará con el procedimiento sin su presencia (art.56 Reglamento OMPI y arts.6.2 y 6.3 Reglamento CCI)<sup>71</sup>. Si por el contrario el demandado comparece y reconoce la pretensión del actor, a pesar del silencio que al respecto mantiene el Reglamento, debemos aceptar sin lugar a dudas, la existencia de un *allanamiento*, debiendo el árbitro dictar laudo estimatorio de la pretensión.

En segundo término, también podemos poner fin a la actividad arbitral mediante una *transacción* de las partes (art.65 Reglamento OMPI y art.26 Reglamento CCI). El pacto al que éstas lleguen podrá recogerse en un laudo o en un simple contrato *extra-procesal*, aunque se haga más aconsejable la primera opción, y ello por la razón de que, aunque se debe de presuponer que ha-

brá un cumplimiento voluntario, puede evitar problemas en posteriores procesos judiciales o arbitrales.

Sin embargo, tomando como base el art.65 Reglamento de la OMPI no parece tan clara la opción que se le ofrece al Tribunal de concluir el procedimiento cuando se haga «innecesaria o imposible» su continuación, fórmula en nuestra opinión excesivamente laxa, salvada gracias a la obligada audiencia que el Tribunal debe ofrecer a las partes.

Pero si mediante laudo el árbitro recogiera de modo expreso la voluntad de concluir por imposibilidad sin que nadie se pronunciara en contra, debemos reconocer que nos encontramos ante una *renuncia* que pondrá fin a un proceso mediante un laudo desestimatorio de la pretensión. El Reglamento advierte, fruto de la prohibición del *non liquet*, que el Tribunal «comunicará a las partes su intención de concluir el arbitraje (...) y estará facultado para dictar dicha orden (...) a menos que una de las partes haga valer razones fundadas para oponerse» (art.65.e). Tan sólo una manifestación expresa en contra privaría al Tribunal de poder para pronunciarse.

Por último, sería también posible encontrar una *caducidad en la instancia* por el transcurso de los nueve o seis meses -según se trate del arbitraje de la OMPI o de la CCI, respectivamente- estipulados para dictar el laudo sin que mediara actividad de parte destinada a reanudar la actividad del proceso paralizado por acuerdo de las mismas. En este caso, el asunto debe de quedar imprevjuizado y, por tanto, expedida la vía judicial o arbitral, en su caso.

<sup>70</sup> Tal situación sólo resulta predecible respecto del arbitraje de la OMPI pues, ante la CCI existe una unicidad de actos entre el escrito de solicitud de arbitraje y el de demanda.

<sup>71</sup> De nuevo adquiere aquí relevancia la doctrina de los actos propios confirmada en el Reglamento por el artículo 58, pero también reconocida en el artículo 30 del Reglamento CNUDMI.

## IX. EL LAUDO ARBITRAL

Desarrollada la actividad arbitral, resta a los árbitros dictar el laudo correspondiente que, respetuoso del Convenio de Nueva York de 1958, pasará a ser cumplido voluntariamente o, en caso contrario, requerirá del reconocimiento de su validez para ser ejecutado en un Estado.

Si bien la labor del Centro de Arbitraje era importante a la hora de establecer y aconsejar la determinación del lugar, tiempo y derecho aplicable al arbitraje, resulta ahora imprescindible llegado este momento, «particularmente para asegurarse de que el laudo sea ejecutable» (art.62.e) Reglamento OMPI y 35 Reglamento CCI).

De la lectura de los artículos 61 Reglamento de la OMPI y 25.1 Reglamento CCI se desprende que la toma de decisiones del Tribunal arbitral se rige por el acuerdo de mayorías y, sólo a falta de ésta, el árbitro presidente dictará por sí sólo el laudo<sup>68</sup>. Llama la atención el silencio que el Reglamento de la CCI guarda en torno al régimen que deben seguir las firmas que se exigen en dicho laudo, señalando la OMPI a tal respecto el deber de indicar el motivo por el que un árbitro omite la misma, ante la negativa a suscribirlo. Esta afirmación debiera conectar directamente con la obligación de responder por daños y perjuicios a que todo árbitro quede sujeto de no mediar causa razonable<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> No necesariamente se limita al laudo definitivo, sino a cualquiera de los tipos establecidos en el Reglamento.

<sup>69</sup> Un supuesto claro de negativa de un árbitro a la firma de un laudo arbitral podría ser por la quiebra del

En segundo término, el laudo arbitral deberá ser escrito<sup>70</sup> y motivado<sup>71</sup>, «haciendo constar fecha y lugar del arbitraje» que, a falta de mención expresa, será determinado por el Centro (artículos 62 y 39.a) Reglamento OMPI y 25 Reglamento CCI). A partir de la fecha en la que el Centro notifique a las partes la copia del laudo (art.62.f) Reglamento OMPI y art.28 Reglamento CCI), éste será efectivo y obligatorio para las mismas y dentro del plazo de 30 días podrá pedirse su rectificación si mediare «error de copia, tipográfico o de cálculo» (art.66 Reglamento OMPI y art.29 Reglamento CCI). Del mismo modo podrá actuar el tribunal *motu proprio* si estimare que ha lugar a cualquiera de esos errores.

Llama la atención que, el Reglamento de la CCI hace mención expresa de una

principio de inmediatez. Si el Tribunal, una vez constituido, decide no volver a practicar las pruebas ya realizadas por motivos de celeridad, perfectamente podríamos encontrar una situación como la descrita. Aunque la medida nos parece correcta, a efectos de que el árbitro evite posibles responsabilidades, éste podría encontrarse coaccionado al prever que, ante tal negativa, no se le volverá a designar como tal.

<sup>70</sup> A pesar de la *libertad de forma* que rige el procedimiento arbitral debe ponerse en tela de juicio la idea invocada por alguna doctrina (*vid.* LORCA NAVARRETE, J., *op.cit.*, pág. 366) que propugna flexibilidad absoluta, una laxitud «que abarque, incluso, lo *pedagógico*», pues aunque la autonomía de la voluntad rija esta institución arbitral, la función no deja de ser idéntica a la de la Jurisdicción en su faceta de *declarar el Derecho*. Si ésta requiere de un proceso, tampoco debe permitirse un procedimiento basado en la *aformalidad* absoluta. El alcance de la voluntad tan sólo debería afectar a la forma y tiempo del laudo.

<sup>71</sup> «...unless the parties have agreed that no reasons are to be given» art. 62 *WIPO Arbitration Rules* y art.31 Ley Modelo UNCTRAL.

labor encomendada a la Corte de arbitraje, una vez recibido el laudo arbitral y siempre antes de firmarlo. «Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre los puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte». Del tenor literal del precepto se deriva un claro cuidado de no atentar contra la independencia del tribunal.

Los artículos 63 del Reglamento de la OMPI y 24 del Reglamento de la CCI resultan bastante taxativos al respecto. En relación con el primero, en principio, se prevé un plazo de nueve meses para que sean concluidas las actuaciones a contar desde el día en el que se contestó a la demanda, si ésta se presentó conjuntamente con la petición, o a tener en cuenta desde el día de la notificación del establecimiento del tribunal si se utilizó el sistema conocido como *two-stages*<sup>71</sup>. Transcurridos los nueve meses, el tribunal dispone de tres más para pronunciarse con carácter definitivo. De este modo, en principio, el Reglamento asegura a las partes que en un periodo de 12 meses pueden obtener su laudo arbitral. Por lo que se refiere al segundo supuesto, la CCI establece un plazo para dictar el laudo de seis meses, a contar desde el momento de aprobación del acta de misión.

Este plazo, no es preclusivo. (art.63

Reglamento OMPI)<sup>72</sup>. Frente a ello, el sistema arbitral establecido por la CCI no regula ningún plazo límite, sino que la Corte puede, en cualquier momento, a solicitud del tribunal o de oficio, prorrogarlo (art.24.2).

El proceso arbitral, como proceso dispositivo y oportuno, no permite a los árbitros prescindir de su obligación de congruencia. Cualquier extralimitación de la misma, por exceso o por defecto, conllevará la nulidad del laudo arbitral y ello es coherente con el fundamento del arbitraje<sup>73</sup>.

Por un lado, los artículos 66.e) Reglamento OMPI y 29 Reglamento de la CCI permiten a las partes que exijan al Tribunal un *laudo adicional* en el que se pronuncie sobre las *pretensiones* «presentadas durante las actuaciones que no hayan sido recogidas en el laudo. Antes de tomar una decisión sobre esta petición, el tribunal dará a las partes la oportunidad de ser escuchadas». Ante dicha petición, son dos las posibilidades que se le presentan a un árbitro.

Lo que no se permite a los árbitros es el *non liquet* y así lo ha expresado el legislador internacional a través de la fórmula establecida en el artículo 61 del Reglamento de la OMPI<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Nuevamente se cae en falta una cláusula de responsabilidad por falta de diligencia. Sólo ante una falta deliberada del árbitro o del Centro se responderá (art.17).

<sup>72</sup> Recordar aquí todo lo dicho respecto a la posibilidad limitada de que los árbitros integren el *thema decidendi*.

<sup>73</sup> El artículo 61 dedicado a regular la toma de decisiones del Tribunal establece el régimen de mayorías. No obstante, «Si no se consigue una mayoría, el árbitro»

<sup>74</sup> *Id.* aquí todo lo dicho en relación a los casos que mediante recusación, pues afectaría de modo ostensible al estado plazo.

Los Centros de arbitraje tendrán derecho a cobrar por la administración del arbitraje una tasa, de acuerdo con las tablas o baremos fijados en sus Reglamentos y desde el momento en que se soliciten sus servicios de gestión, so pena de no dar comienzo al arbitraje (art.67<sup>1</sup>). Dicha tasa quedará sujeta a modificación en virtud de posibles ampliaciones de la demanda o de una reconvencción (art.30.2 Reglamento CCI).

También corresponde al Centro la fijación del «importe y la moneda de los honorarios de los árbitros, las modalidades y calendario de pago», previa audiencia de los mismos y de las partes y conforme a los baremos en el Reglamento (art.69 Reglamento OMPI y art.31 Reglamento CCI). Una vez establecido, es necesario para dar comienzo al procedimiento que se realice un depósito, sin el cual no dará comienzo el arbitraje<sup>7</sup>, reembolsando a las partes el remanente que haya quedado tras dictar el laudo (art.70 Reglamento CCI). Dicho monto podrá ser reajustado en cualquier momento del procedimiento.

«Con sujeción a los acuerdos que hayan podido concluir las partes, el tribunal distribuirá las costas del arbitraje y las tasas

presidente dictara el laudo, la orden o cualquier otra decisión como si fuese árbitro único», con el fin de que no quede obstruido el arbitraje ante el *non liquet* de la mayoría de los árbitros.

<sup>7</sup> Vid., GURRY, F., «Fees and costs», *Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation*, Ginebra, 20 enero, 1995, núm. 741, págs. 91 y ss.

<sup>8</sup> Estas son, a) honorarios de los árbitros, b) gastos de viaje, comunicaciones, etc., c) peritos y cualquier otro tipo de asistencia requerida, d) demás gastos derivados del arbitraje.

de registro y de gestión del Centro, habida cuenta de todas las circunstancias del arbitraje y de su resultado» (art.71.c). Junto a esto, es posible, si no medió pacto en contrario, que el Tribunal condene en el laudo al pago de los gastos en los que incurrió la otra parte al acudir al arbitraje y perderlo (art.72 Reglamento OMPI). En este sentido los Reglamentos de la OMPI y de la CCI (art.31) se han hecho eco de la práctica internacional de los más prestigiosos arbitrajes institucionales<sup>8</sup>.

## X. LA CONFIDENCIALIDAD Y RESPONSABILIDAD

El Capítulo VII del Reglamento de la OMPI y el Apéndice II del Reglamento de la CCI se encuentran destinados a regular pormenorizadamente y, de forma garantizada, una de las ventajas más importantes que ofrece el arbitraje comercial internacional. Ésta es una poderosa razón para prescindir de la tutela jurisdiccional de un Estado. La única limitación que dicha obligación de confidencialidad puede encontrar es la proveniente de una autoridad judicial u otra autoridad competente o porque lo imponga una ley (arts.73, 75 y 76 Reglamento OMPI).

Respecto de la *responsabilidad*, se establece una exención a la misma tanto para los árbitros como para el Centro o la propia OMPI o CCI, por los actos u omisiones que lleven a cabo, salvo que «hayan cometido una falta deliberada».

<sup>9</sup> Art.38 e) Reglamento UNCTRAL; art.32 AAA; art.31 CICA, art.20 ICC Rules.

En primer lugar, debemos diferenciar dos supuestos de responsabilidad, como son: la de los árbitros y la del Centro de arbitraje. En segundo lugar, resulta imprescindible delimitar el alcance de los términos «falta deliberada» por la que se acepta responder, pues también la culpa podría constituir objeto de responsabilidad civil. Por último, siguiendo la doctrina mayoritaria<sup>79</sup>, la responsabilidad del Centro puede derivarse a partir de la no aceptación de un arbitraje o por el incumplimiento del encargo y de sus obligaciones durante el mismo. A tales efectos, resta plantearse si sería posible interponer una acción directa contra el Centro por la labor desempeñada por los árbitros.

En relación con lo primero, efectivamente, debería existir una responsabilidad civil de los árbitros y otra diferente para el Centro. Los primeros deberían responder en cuanto órganos que deben resolver conflictos conforme a derecho o equidad, por haber asumido el compromiso con las partes y el Centro; los segundos, por la expectativa creada al aceptar la gestión del arbitraje.

La aceptación del encargo por el Centro debería ser obligatoria, por tratarse de una organización de Derecho Público, salvo disposición contraria y tasada en sus normas reguladoras<sup>80</sup>. Por tanto, sólo debe-

rían admitirse como causas de no aceptación del encargo, eximentes de responsabilidad para el Centro, aquellas tasadas y razonables, escapando de esas frecuentes fórmulas nutridas de laxitud y discrecionalidad. En nuestra opinión, el supuesto que aquí se plantea es más bien teórico pues, en la práctica, el interés de tales centros radica precisamente en admitir el mayor número de arbitrajes posibles.

En segundo término, hemos aludido al incumplimiento del encargo por parte de la institución que aceptó la gestión del arbitraje. En este caso y enlazando la cuestión con el problema planteado en torno al alcance doloso y/o culposo de la «falta deliberada», entendemos que resulta imprescindible la producción de un perjuicio o daño para poderse derivar posibles responsabilidades. Los términos «falta deliberada» abarcan, tan sólo, situaciones dolosas, no dando cobertura a supuestos de culpa o negligencia que, en la práctica, serán los más habituales tanto por descuidos, por «mera culpa *in eligendo*», como los casos de «culpa *in vigilando* de una institución verdaderamente tutelar del procedimiento»<sup>81</sup>.

Junto al grado de culpabilidad que entrañan estos términos debemos observar la diferente virtualidad que, en torno a la responsabilidad, debería tener el hecho de

<sup>79</sup> MONTERO AROCA, J., *Comentario breve... op.cit.*, págs. 93.

<sup>80</sup> Por este motivo afirma MONTERO AROCA que «si no se dice así en el Reglamento (...) la existencia misma de la corte o tribunal, su salida a la vida pública, su oferta como institución arbitral, la propuesta de un modelo de convenio o cláusula arbitral para introducir en los contratos, vincula a la propia corporación o ase-

ñeración, que luego no podrá rechazar la administración de un arbitraje concreto que se sometiere o cumpliere todos los requisitos del reglamento. La negativa estaría causando ya perjuicio para las partes que confían en la oferta pública». *Comentario... op.cit.*, pag. 91.

<sup>81</sup> CREMADES, B., «El Arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, 1990, I, pag. 1189.

que el árbitro fuera propuesto y nombrado por el Centro o, por el contrario, fuera un sujeto designado por las partes. A partir de esta disyuntiva se puede llegar a entender aquellas potestades discrecionales a la hora de designar el árbitro: se pretende con ello eludir responsabilidades por aquellos actos en los que no participó directamente el Centro o el árbitro designado por éste<sup>23</sup>. La norma procesal contenida en el presente art. 16 LA no parece estar recogida en el art. 77 del Reglamento ó 34 del Reglamento CCI. Y difícilmente podremos reconocer un supuesto de legitimación extraordinaria sin una norma expresa que lo determine<sup>24</sup>.

En definitiva, tan sólo sería admisible una condena moral y dineraria de dichos órganos arbitrales: respecto de la CCI y OMPI, sería deseable la admisión de una acción directa contra el Centro que garantizó la gestión, aunque restringida a las acciones de aquellos árbitros nombrados por él, responsabilidad fundada en el compromiso formal adoptado con las partes.

<sup>23</sup> Contrariamente, la LA extiende la responsabilidad de la corporación que gestiona el arbitraje a los actos realizados por cualquier órgano arbitral, desde el momento que asume la administración del mismo, es decir, establece una especie de responsabilidad por hechos ajenos llevados a cabo por un árbitro no nombrado ni propuesto por ella.

MONTERO AROCA, J., contrariamente, niega cualquier tipo de responsabilidad de dichas instituciones por los actos u omisiones realizados por los árbitros no designados por ella, de modo que la pretendida acción directa se tendría tan sólo cuando se trate de actos cometidos por los sujetos ella designó y frente a estos podrá repetirse con posterioridad, *vid.* MONTERO AROCA, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 98.

<sup>24</sup> MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, *op. cit.*, pág. 49.

## XI. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.

Desde el 1 de enero de 1990 se encuentra en vigor las *ICC Rules for pre-arbitral referee procedure*, destinadas a designar un árbitro que adopte medidas cautelares para los casos en los que el tribunal arbitral no ha sido todavía designado o cuando el Tribunal nacional se reconoce como competente y no puede, por tanto, adoptar estas medidas (artículo 1). Pero se trata de una pseudocolaboración entre ambos órganos<sup>25</sup>. Este sistema se basa en la autonomía de la voluntad de las partes y el compromiso adquirido por éstas. De esta forma, cuando éstas se hayan sometido al Reglamento citado y hayan aceptado dicha posibilidad de adoptar medidas cautelares por un árbitro conforme a este procedimiento, quedarán vinculadas hasta el punto de poderse ver constreñidas por un órgano jurisdiccional a ser responsables por los daños y perjuicios causados, bien por la solicitud de esa medida cautelar, bien por la negativa de sometimiento a la misma. En definitiva, lo que ejecutará el juez será el incumplimiento de un contrato.

Pero el problema se presenta en el

<sup>25</sup> Nos atrevemos a calificarla como tal porque no se genera una complementariedad entre ambas funciones, sino que la solución ha sido crear una nueva relación de derecho privado enunciable con posterioridad por el juez nacional. Esta situación se ha observado como intermedia entre la voluntad de las partes y la limitada intervención del juez y como un posible avance entre la colaboración de ambos órganos.

*Id.* PIUYETTI, G., «A French perspective», *Conservatory and provisional measures in international arbitrations*, *Internationale Chamber of Commerce Review*, núm. 519, año 1995, pág. 76.

arbitraje institucional cuando el conflicto surge y el Tribunal arbitral todavía no se encuentra constituido<sup>85</sup>. Muchos Tribunales estatales, en la medida que todavía no ha comenzado el arbitraje, pero existe un acuerdo arbitral, rehusan adoptar dichas medidas. Por otra parte, tampoco existe órgano arbitral que las adopte. Este es el mayor óbice que en torno a este tema encuentra el arbitraje<sup>86</sup>.

La intención de este Reglamento, conforme ya avanzábamos, es la de habilitar en un plazo de 24 horas tras la solicitud de adopción de medidas cautelares la designación de un árbitro hábil para dirigir un proceso cautelar basado en la autonomía de la voluntad y el debido proceso<sup>87</sup>. Se respeta la estructura propia de la jurisdicción y del arbitraje. Ante la firma de un contrato<sup>88</sup>, las

partes acuerdan someterse a las posibles medidas cautelares que el árbitro, llegado el momento y a instancia de parte, estimara conveniente adoptar, siempre que no perjudique a terceros<sup>89</sup>.

Con el fin de evitar la duplicidad de acciones, se ha establecido un criterio claro al respecto. La interposición de demanda en vía judicial o en otro procedimiento arbitral (diferente al proceso arbitral principal para el cual se solicitan las medidas) con *posterioridad* a la solicitud de medidas cautelares, no impedirá al Centro nombrar un árbitro en el plazo de 24 horas y que éste ejerza su poder; dicha afirmación se debe de entender bajo el límite insalvable de que un órgano jurisdiccional exigiera lo contrario, con quien no podría concurrir la jurisdicción del árbitro (art. II.a) del Borrador). En caso contrario, es decir, si la medida cautelar se solicitó con carácter previo ante un órgano jurisdiccional estatal o ante otro procedimiento

<sup>85</sup> En relación a todas estas cuestiones *vid.* BOND, S. *The nature of conservatory and provisional measures*. «Conservatory and provisional measures in International Arbitration», ICC, núm. 519, 1995, pág. 8-20.

<sup>86</sup> Se afirma por la Doctrina internacional que debido a las razones antes aludidas se intenta evitar que dichas controversias sean sometidas a los Tribunales de un Estado o a un sistema legal concreto. Por eso se busca, a través de los acuerdos de arbitraje «a fair and impartial decision that is not affected by national legal constraints», *vid.* BÖSCH, A. *Provisional remedies in international commercial arbitration*. De Gruyter, 1994, pág. 3.

<sup>87</sup> Al respecto *vid.* Documento WIPO ARB/DR/5 pág. 5.

<sup>88</sup> La cláusula recomendada en el citado borrador para que las partes decidan vincular en un futuro al sometimiento de dichas medidas es la siguiente:

*«Any dispute, controversy or claim arising under, out of or relating to this contract and any subsequent amendments of this contract, including, without*

*limitation, its formation, validity, binding effect, interpretation, performance, breach or termination, as well as non-contractual claims, shall be referred to and finally determined by arbitration in accordance with WIPO Arbitration Rules in conjunction with the WIPO Emergency Relief Rules. The arbitral tribunal shall consist of [three arbitrators]/[a sole arbitrator]. The place of arbitration shall be... The dispute, controversy or claim shall be decided in accordance with the Law of...»*. Doc. OMPI núm. ARB/AC/III/96/3, de 15 de noviembre de 1996.

<sup>89</sup> Acertadamente GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, 1996, pág. 193, reconoce dos límites congenitos al arbitraje en relación a los terceros. De esta forma, las medidas cautelares por su propia naturaleza no pueden afectar a terceros que no dieron su consentimiento y, junto a esto, tampoco pueden afectar a bienes o personas que queden fuera de la relación jurídica arbitral o que impliquen coacción estatal.

arbitral, prevalecerá la jurisdicción de estos por haberse solicitado con anterioridad al envío del escrito de solicitud de medidas cautelares al Centro de Arbitraje (art. II.b y c). En este caso, debe entenderse que «Una solicitud dirigida por una de las partes a una autoridad judicial con miras a que se adopten medidas provisionales (...) no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje o (significará) una renuncia a ese acuerdo» (art.46.c)<sup>90</sup>. En todo caso ese tribunal

...  
 "Es práctica común en el Arbitraje Internacional el encontrar asintus a los que la Jurisdicción de los diferentes Estados se ha negado a entrar a conocer sobre su competencia a la hora de adoptar medidas cautelares por poder entrar en conflicto con los Tribunales de otro Estado

Al respecto encontramos el caso del *T.ootomuel* constituido entre Francia e Inglaterra sujeto al arbitraje de las ICC Rules que debía celebrarse en Bruselas. Por Sentencia de la Corte de Apelación de Londres de 22 de enero de 1992, se denegaba la adopción de una medida cautelar por no encontrar claramente un vínculo entre su Jurisdicción y el Arbitraje en cuestión. El artículo 12 de la Arbitration Act sólo concede dichas medidas cuando el lugar del arbitraje sea Inglaterra o Gales y sería, por tanto, contrario al orden público la adopción de dicha medida. *Id.* respecto a este caso y otros muchos, BOND, S., *The nature of conservatory and provisional measures in International Arbitration*, *op.cit.*, pag. 12.

Precisamente, esta «desventaja» del arbitraje se convierte en un factor positivo. La elección de un tercero neutral carente de *imperium* y, normalmente, un tercer Estado para la celebración del arbitraje ofrece más ventajas que inconvenientes pues, como afirma el citado autor, es precisamente esa falta de *imperium* la que permite al tribunal arbitral adoptar una medida cautelar sin que se enfrenten soberanías o jurisdicciones. El problema surge para las partes que no han determinado claramente en su convenio unos puntos de conexión claros con el derecho aplicable al arbitraje o han elegido un derecho referente a la colaboración entre árbitros y jueces. Si a todos estos problemas le añadimos el factor «urgencia» que acompaña a las medidas cautelares podemos encontrar con una inefectiva administración de justicia y una denegación de la misma

estatal deberá ser consciente de que si las partes acudieron a la vía arbitral es por la razón de que pretendían obviar a la Jurisdicción. Por supuesto, son foros alternativos, pero la propia esencia del arbitraje hace que se entienda que la tutela cautelar judicial deba de tener un carácter excepcional<sup>91</sup>.

Doce horas antes del envío del escrito de solicitud de medidas cautelares por parte del demandante deberá comunicarse al Centro la intención del mismo, sin que ello le vincule con posterioridad a su solicitud (art. III), salvo lo que se refiere a los gastos derivados de esta actividad. Se le exige al demandante buena fe manifestada a través de la presentación de todos los documentos que puedan contribuir a la formación de la decisión del árbitro, así como la declaración de cualquier dato o circunstancia de transcendencia<sup>92</sup>.

"Y ello por la razón de que la adopción de una medida cautelar por un tribunal estatal suele ser una forma de *prossure to settle* en favor del actor, de ahí su conveniencia de recibir un tratamiento de carácter excepcional. *Id.* GARCÍA MARTÍN ALFÉREZ, J.J., *op.cit.*, pag. 206.

"Los documentos que se deben de presentar junto al escrito de solicitud de medidas cautelares son los siguientes: a) los nombres, direcciones, telefonos y demás datos de interés de las partes a efectos de comunicaciones, así como los del representante del demandante; b) copia del acuerdo de arbitraje o del contrato del que forma parte; c) descripción de la intención pretendida con la adopción de la medida cautelar y si ya se ha comunicado al demandado, prueba de que así se hizo; d) declaración de los derechos que deben ser protegidos; e) declaración de la medida solicitada; f) declaración de los posibles daños derivados de la denegación de la medida cautelar; g) declaración sobre los efectos que puede producir sobre terceros y el público en general; h) pruebas sobre las que el demandante funda su solicitud, así como cualquier otro tipo de documento; i) declaración de las razones que le inducen al solicitante que deben adoptarse dichas medidas de seguridad; j) cualquier tipo de observación sobre el lugar, día, fecha y hora en que se pueden celebrar las audiencias

Durante las 24 horas posteriores a la recepción por el demandado del escrito de solicitud de medidas cautelares deberá presentar su escrito de contestación incluyendo, en su caso, la solicitud de cualquier otro tipo de medida contra el demandante (art. IV)<sup>73</sup>. De no haber estipulado las partes en su convenio el árbitro competente para adoptar medidas de esta clase, inmediatamente a la contestación del demandado, el Centro designará un árbitro que deberá de estar disponible en las 24 horas siguientes a su nombramiento. Si las partes se ponen de acuerdo en la persona del mismo o este designado no se encontrara disponible para llevar dicha actividad, el Centro nombrará uno (art. VI). Se admite la recusación de dicho árbitro conforme a los artículos 24 y siguientes del Reglamento de Arbitraje de la OMPI. Esta dilación puede poner en duda la eficacia del sistema.

El árbitro podrá adoptar la medida cautelar<sup>74</sup> oídas las partes y, en ausencia de una de ellas, si se le dio la oportunidad de ser oída y la emisión del laudo era necesaria para evitar daños irreparables. Se llevará a cabo dentro del plazo más breve posi-

ble, y en todo caso, dentro de las seis horas siguientes a la terminación de la audiencia, salvo que las circunstancias sean especiales y el Centro decida ampliar el plazo.

## XII. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

Todos los países firmantes del Convenio de Nueva York van a controlar los laudos extranjeros e internacionales que deben ser reconocidos y ejecutados en su territorio, en cuanto van a constituirse como limitación a la soberanía de sus órganos jurisdiccionales. Por esta razón, deben cumplir unos mínimos establecidos como indisponibles por los Estados firmantes<sup>75</sup>.

Para la obtención del *exequatur* de un laudo arbitral dictado por el centro de arbitraje de la OMPI, resulta necesario el respeto de los mínimos convencionalmente establecidos en el artículo V del Convenio de Nueva York<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> En la actualidad son más de 150 Estados los adheridos a dicho Convenio.

<sup>74</sup> Es muy numerosa la doctrina existente en torno a este punto, sobre todo, si atendemos a su conexión con las causas de anulación del laudo establecidas en el artículo 45 LA. *Ibid.*, entre otros, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (junto a otros), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, págs. 830 y ss.; RAMOS MÉNDEZ E., *Arbitraje y proceso internacional*, Bosch, 1987, págs. 101 y ss.; LORCA NAVARRETE, J.M., *op.cit.*, págs. 417 y ss.; BARONA VILAR, S., *Comentario breve...*, *op.cit.*, (coord. MONTERO AROCA), pág. 287.

En especial *vid.* FIZAGUIRRE ECHEVERRÍA, R., «Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (ONU) Nueva York 1958», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, 1993, págs.9 y ss.

<sup>73</sup> Esto es propio del carácter contradictorio del procedimiento arbitral y afectara directamente y en su detrimento al factor sorpresa que caracteriza a las medidas cautelares.

<sup>74</sup> Las medidas cautelares que el árbitro podrá adoptar son las siguientes : a) medidas restrictivas prohibiendo la realización de una determinada actividad o la adopción de una conducta ; b) ordenar la ejecución de una obligación legal ; c) adoptar cualquier medida que sirva para asegurar pruebas; d) ordenar cualquier medida conservadora de la propiedad, e) obligar a la parte a depositar una cantidad aseguradora de los daños que se pudieran derivar de la adopción de una medida cautelar (artículo X).

La interpretación de dichas causas y, por ende, la validez del laudo arbitral dependerá, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento OMPÍ letras a), b) y c) y arts.15 y 17 Reglamento CCI, de la ley que resulte aplicable al fondo del litigio, al procedimiento arbitral, así como al acuerdo de arbitraje, respectivamente. Si bien estas causas tan sólo son controlables a instancia de parte, la Sala primera de nuestro Alto Tribunal deberá, conforme al artículo VI.2 Convenio de Nueva York, apreciarlas de oficio en el caso de que el laudo resulte contrario al orden público, por un lado, o si «el objeto de la diferencia no (sea) susceptible de solución por vía de arbitraje», conforme a la Ley de arbitraje del país.

# CONFLICTOS AMBIENTALES EN TERRITORIOS INDIGENAS

Agradezco a Cristian Opaso, Elías Paillan y José Aylwin por haberme permitido trabajar en su investigación, inquietud que dio origen a este trabajo. A José Quidel y los dirigentes del ayjarewe de Xuf Xuf, por el apoyo.

**Rodrigo Lillo Vera<sup>1</sup>.**

## RESUMEN

En el texto siguiente se analizan dos conflictos que se han producido en el sur de Chile, en un contexto interétnico y con un trasfondo económico y ambiental específico. Especialmente se explora los discursos de los actores y las formulas que se han utilizado para intentar resolver los conflictos generados por la ejecución de proyectos de inversión.

Se explora también las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico nacional para enfrentar estos debates, y su insuficiencia. Se desarrolla, en suma, la hipótesis sobre si es posible resolver estos conflictos por la vía de la utilización de las llamadas "salidas alternativas a los conflictos" (SAC), tratándose de un tipo de conflicto social y político, donde los intereses en juego van más allá de los intervinientes; y consisten en una discusión sobre el conocimiento y los valores más profundos de las sociedades, y de como se relacionan conflictivamente estas concepciones desde el contacto. Lo que en definitiva exige una transformación del Estado, y la exploración de otros caminos, políticos y jurídicos.

<sup>1</sup> Abogado, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.

## I. INTRODUCCION

Durante el siglo XX la principal denuncia/demanda del movimiento mapuche se ha referido a los efectos de la ocupación militar de la Araucanía en las postrimerias del siglo XIX, y los conflictos del acomodo de los "nuevos vecindados" en el siglo XX. Esto es, la expropiación territorial por parte del Estado en la campaña militar denominada curiosamente "Pacificación de la Araucanía", y la posterior usurpación de que fueron objeto los mapuche, por parte de los colonos o latifundistas llegados por obra y gracia de la ocupación y radicación realizadas por el Estado.

Es la primera acción la que significó una disminución más considerable en su espacio territorial, ya que se dice que los mapuche perdieron cerca del 90% de su espacio de control en Chile<sup>2</sup>, que correspondía a unos 10 millones de hectáreas<sup>3</sup>. Sin embargo los actuales mapuche tienen muy

<sup>2</sup> CIDM Uruen y Mariman, José, "Pueblo Mapuche Estado y Autonomía Regional", Centro Estudios y Documentación Mapuche Uruen y Fundación para el progreso Humano, Santiago, 1990 (p. 34), p. 44.

<sup>3</sup> Consejo de todas las Tierras, "El Pueblo Mapuche su territorio y sus derechos", Consejo de Todas las Tierras, Temuco, 1997 (p. 11), p. 12.

presente en la memoria los contratos fraudulentos, “las corridas de cereo”, los arriendo a 99 años que sufrieron de parte de sus vecinos durante el siglo XX.

“Según Bengoa (1985:372) se calcula que en los primeros cincuenta años de este siglo, casi un tercio de las tierras concedidas originalmente en Títulos de Merced, fueron usurpadas por particulares. Según Fernández (1985:29), desde 1927 hasta la década del setenta los colonos transformados en latifundistas han usurpado un 25% (unas 131.000 hectáreas) de las 526.286 asignadas originalmente”<sup>4</sup>

Atendida esta demanda, que tenía que ver con la protección de la tierra y que se expresaba en el movimiento desde principios del siglo XX<sup>5</sup>, es que la nueva legislación<sup>6</sup> consideró una protección singular para las tierras de los indígenas tituladas por el Estado; que se traduce en lo que Jaime López denomina como mercado restringido de tierras indígenas<sup>7</sup>.

Durante los últimos 5 años, la movi-

lización de los mapuche han vuelto a poner el conflicto interétnico en primera línea, identificándose por los gobiernos de turno como una demanda que subvierte el orden público y el Estado de derecho<sup>8</sup>. Pero esta vez, las demandas de los mapuche no tienen que ver con la protección de sus tierras tituladas por el Estado, que es lo que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena puede enfrentar; sino que se relaciona con la oposición de los indígenas a “la implementación de grandes proyectos de inversión públicos y privados, en distintos puntos del territorio mapuche”<sup>9</sup>.

En este contexto de cambio, aquellas concepciones de modernidad propias de los años 50<sup>10</sup> y 60<sup>11</sup>, en virtud de las cuales las sociedades sin desarrollo debían abandonar aquellas tradiciones (aquellos elementos propios de “lo indígena”) para avanzar hacia él<sup>12</sup>, no otorgan salidas a estos conflictos. Por lo que dejan abierto el paso a aquella idea de modernidad que se vincula con la colaboración entre Estado y pueblos indígenas.

En efecto, el marco actual de los conflictos generados por la construcción de la

<sup>4</sup> Caffucura, Jorge. “El proceso legal de abolición de la propiedad colectiva: el caso mapuche”; en *www.ccnm.cl/mapuche*, 1998; p. 4

<sup>5</sup> Marimán, Pablo. “Tierra y legislación indígena: una mirada desde el programa del movimiento mapuche (1910-1970)”, en *Liwen* N° 4, *Anuario del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen*, Santiago, 1997 (p. 143-171).

<sup>6</sup> Ley N° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas de 5 de Octubre de 1993.

<sup>7</sup> López, Jaime. “Las Tierras Indígenas en la Ley 19.253”, en *Ley 19.253, Tierras y Pueblo Mapuche*, volumen especial de la revista CUHSO, del Centro de estudios Socioculturales de la Universidad Católica de Temuco, Temuco, 1999 (p. 8-39), p. 8.

<sup>8</sup> Durante el gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle, el ejecutivo ejerció en cuatro ocasiones la acción establecida en la ley de seguridad del Estado, en contra de indígenas.

<sup>9</sup> Nagul, Víctor. “Conflictos en el territorio mapuche. Intereses, derechos y soluciones políticas en juego”, en revista *Liwen* N° 5 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, 1999, (p. 11-42); p.11.

<sup>10</sup> Hoekema, André. “Algunas reflexiones sobre modernidad y derecho hoy. O como instituir un pluralismo legal”, Facultad de derecho, Universidad de Amsterdam, Países Bajos, 1994. (p. 23).

central hidroeléctrica Raleo o el By pass en Temuco, son un buen ejemplo del fracaso de estos intentos de solucionar los conflictos, transformándose en imposiciones que van incoando un conflicto de insospechadas proporciones.

Intentaremos hacer un repaso a estos conflictos, de los mecanismos utilizados, los argumentos de los actores, para detenernos en aquellos elementos que deben quedar como enseñanzas.

## 2. LA CENTRAL HIDROELECTRICA RALCO EN EL ATO BIO BIO.

### 2.1. EL PROYECTO DE ENDESA.

Desde la década del sesenta se venía planificando por la Corporación Nacional de Fomento (COREFO), órgano administrativo centralizado, la construcción de una cadena de centrales hidroeléctricas que pudieran abastecer un gran porcentaje de la energía eléctrica a Chile. Inicialmente se sostuvo que se trataba de una sola represa, posteriormente quedó en evidencia que se trataba de un proyecto mayor, de 6 centrales hidroeléctricas en la cuenca del Bío Bío: Quitramán, Huequecura, Aguas Blancas, Pangué, Raleo y Ranquil<sup>1</sup>.

Particularmente el proyecto de la Central Hidroeléctrica Raleo "consiste en la construcción de una central hidroeléctrica localizada en el curso superior del Río Bío Bío entre las regiones VIII del Bío Bío y IX de la Araucanía, cuya presa se ubicaría a

unos 120 kilómetros al sudeste de la ciudad de Los Angeles y a unos 27 kilómetros «aguas arriba» de la Central Hidroeléctrica Pangué"<sup>2</sup>. La presa tendrá unas dimensiones de 370 metros de ancho y 155 metros de altura. "La central... permitiría generar una energía anual promedio de 3.380 GWH, con una inversión de aproximadamente US\$ 474 millones para la central propiamente tal y US\$ 12 millones para la conexión con el sistema eléctrico interconectado central"<sup>3</sup>.

Esta serie de centrales implicaría la inundación de alrededor de 22.000 hectáreas de tierras<sup>4</sup>. Particularmente la de Raleo implica la inundación de 3.467 hectáreas de las cuales 638 corresponden a tierras pertenecientes a las comunidades mapuche pewenche de Quepuca Raleo y Raleo Lepoy; lo que significa el traslado de más de 1.000 personas, entre ellas, unos 600 pewenche.

El impacto socio-cultural de este proyecto, que ha sido profusamente documentado, y consiste, no sólo en una nueva reducción territorial y relocalización forzada de los pewenches a fines del siglo XX; sino que también, en la pérdida de su hábitat. Por las características del proyecto, este implica la pérdida de sitios religiosos y sagrados, transformación del sistema económico, pérdida de lazos familiares y sociales. Además el efecto de las labores desarrolladas en la obra potenciarán las consecuencias producidas por Pangué, ya que provocarán una fuerte migración en busca de fuentes de tra-

<sup>1</sup> Resolución exenta N° 10 de CONAMA de fecha 06 de Junio de 1997, tp. 63; p. 6.

<sup>2</sup> Universidad Arcis, op. cit., p. 6.

<sup>3</sup> Universidad Arcis, op. cit., p. 5.

<sup>4</sup> Universidad ARCIS, de Artes y Ciencias Sociales, Departamento de Derechos Humanos y Estudios Indígenas.

bajo: si bien “el fenómeno de la migración temporal o definitiva ya existe, como en todo el país, en este caso debe verse como el resultado de la insuficiencia de las políticas públicas de desarrollo local, más que como opción deliberada de vida”<sup>15</sup>. “Luego, un proceso que acentúe la expulsión de las familias de su hábitat y que implique la desestructuración de su cultura y su final extinción antes de una década, no puede sino catalogarse de etnocidio”<sup>16</sup>.

El consultor contratado por la Corporación Financiera Internacional (IFC) para evaluar las medidas ideadas para compensar el impacto de la construcción de la Central Hidroeléctrica Pangué (la primera central), señaló:

“...las actividades de la IFC, ENDESA y la Compañía están acelerando el ritmo de transformación sociocultural de una zona, que en una época, era un rincón aislado de Chile. De ahora en adelante, el futuro económico y cultural de los pehuenches dependerá más y más de la voluntad política y de la capacidad técnica de las tres partes, y del sector público, para respetar a los pehuenches y colaborar con ellos a fin de corregir las distorsiones señaladas en esta evaluación y evitar el surgimiento de otras nuevas. Lo que queda por verse es si este grupo pe-

queño y empobrecido de pehuenches se beneficiará con los frutos del proyecto o subsidiará el desarrollo hidroeléctrico de Chile a expensas de su economía recursos o cultura. Hasta ahora, a decir por la información recogida, están subsidiando el proyecto”<sup>17</sup>.

No obstante, en 1990 el gobierno chileno aprobó el proyecto para llevar adelante la construcción de centrales hidroeléctricas en el río Bío Bío, en el sur de Chile. Y en Enero de 2000, el Gobierno otorga la Concesión definitiva para la construcción de Ralco.

## 2.2. EL TERRITORIO PEWENCHE.

Este impacto profundo y definitivo se espera de un proyecto que se realiza en un espacio geográfico determinado, que comparte características específicas que lo distinguen, lo que determina también esas consecuencias.

Una de las características que se han considerado en todo los estudios realizados al efecto, consiste en la naturaleza y calidad de sus suelos, su clima, sus recursos renovables y no renovables, etc.; esto es, el hecho que este espacio (Alto Bío Bío) constituya un sistema ecológico específico. Sin embargo, lo que caracteriza a este conflicto es la afectación de un grupo considerable de personas, que habitan el sector, y que no sólo son titulares de las propiedades que implica el proyecto, sino que habitan en él

<sup>15</sup> Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). “Observaciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la Empresa Nacional de Electricidad S.A.”. Temuco, 1996. (p. 19); p. 11.

<sup>16</sup> CONADI, op. cit., p. 11.

<sup>17</sup> Downing, Theodore. Informe: “Evaluación Interna de la Fundación Pehuen”. 1996.

desde siglos, lo cual determina la forma de entender su existencia y de las demás especies que habitan allí.

En su expresión más amplia los -que actualmente conocemos como- pewenche han ocupado los valles cordilleranos durante siglos<sup>17</sup>, indistintamente a ambos lados de la Cordillera de los Andes, entre lo que actualmente constituye Chillán y Llaimea<sup>18</sup>; según algunos, en una extensión de 54 millones de hectáreas<sup>19</sup>. Su hábitat cordillerano ha definido su forma de vida y su economía, debido a la conformación natural de la Cordillera de los Andes en "distintos pisos ecológicos". Los pewenche habitan y alimentan sus animales alternadamente durante el año entre "invernadas" y "veranadas". Esta alternancia permite la sustentabilidad de sus suelos bastante afectados por la actividad intensiva, en razón de lo reducido de sus extensiones. Así, entre Mayo y Diciembre de cada año, los pewenche habitan en las zonas más bajas, donde cultivan algunos granos y hortalizas. Estas invernadas se ubican bajo los 1.000 metros sobre el nivel del mar. Durante los meses estivales, los pewenche emigran a zonas más altas para el pastoreo de sus animales y recolección del piñon o ñilliu, de la araucaria o pewen,

del cual derivan su nombre e identidad cultural<sup>20</sup>.

Hasta bastante avanzada la República, los pewenche, al igual que los mapuche de los valles centrales, mantuvieron espacios de autonomía. En 1852 el Estado chileno crea la Provincia de Arauco, que incluirá el Alto Bío Bío, el que pasa a tener la calidad de territorio indígena y de colonización. Con la avanzada colonizadora de los Estados chileno y argentino, en lo que se denominó "Pacificación de la Araucanía" y "Campaña del desierto", se fueron asentando en territorios más reducidos, ya a 1860 sólo ocupaban territorios entre Antuco y Lonquimay<sup>21</sup>.

Como los procedimientos legales de la radicación no se aplicaron sino en forma tardía (entre 1919 y 1920) -por la acción de latifundistas-, la entrega de Títulos de Merced en Alto Bío Bío es sólo "parcial e inconclusa, respetándose en gran medida la propiedad particular formada a partir de las tierras indígenas"<sup>22</sup>. Por estos motivos sólo se entregan títulos de merced a pewenche del valle del Queuco, es decir a las comunidades de Cauñicú, Malla malla y Trapa trapa. Los pewenche del valle del Bío Bío en

<sup>17</sup> Sabemos por los cronistas (Jerónimo de Vivar), que ya en el siglo XVI los pewenche estaban en estos territorios. Según Molina y Correa (citado en este artículo), antes de los españoles los pewenche correspondían a grupos indígenas nómada de las pampas.

<sup>18</sup> Flores, Jaime, "De la legitimidad de *Futa Chaox* de la usurpación de los *winka*", en Roberto Morales, compilador, *Ralco: modernidad o etnocidio en territorio pewenche*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 1998, (p.55-76), p. 55.

<sup>19</sup> Downing, Theodore; op. cit.

<sup>20</sup> Molina, Raúl, Correa, Martín "Territorio y comunidades Pewenches del Alto Bío Bío", Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Santiago, 1996, (p. 225), p. 9.

<sup>21</sup> Molina, Raúl, "Descripción de las comunidades pewenche del Queuco y el Alto Bío Bío", en Roberto Morales, compilador, *Ralco: modernidad o etnocidio en territorio pewenche*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 1998, (p. 77-110), p. 86.

<sup>22</sup> Molina, Raúl; op. cit., p.88.

cambio, sólo acceden a títulos de dominio durante el régimen militar (1973-1990), en que los fundos Bío Bío, Pitrilón, parte de San Miguel de Callaqui, y el Fundo Raleo son transferidos al Estado, dividiéndose éstos, entre los pewenche. Los primeros, se distribuyeron por el Departamento de Asuntos Indígenas de Instituto de Desarrollo Agropecuario entre los pewenche de Callaqui y los ex trabajadores del aserradero de Maderas Raleo. El Fundo Raleo por su parte se subdividió en cuatro lotes, uno de los cuales correspondía a las veranadas de Quepuca Raleo y Raleo Lepoy, que se traspasó a la Corporación Nacional Forestal (Conaf), bajo el régimen legal de Reserva Forestal.

Actualmente los pewenche se encuentran entre Alto Bío Bío y Lonquimay<sup>22</sup>. Los del Alto Bío Bío ocupan un espacio de alrededor de 30.000 hectáreas<sup>23</sup>, entre los ríos Queuco, Bío Bío y Trapa. Allí se ubican siete comunidades<sup>24</sup>: Callaqui, Quepuca Raleo, Raleo Lepoy, Pitril, Cañicu, Mala Malla y Trapa Trapa. Las comunidades de Quepuca Raleo y Raleo Lepoy se encuentran en el valle del Bío Bío, en su ribera norte. Quepuca Raleo se ubica junto al Volcán Callaqui, entre el fundo el Avellano y la Reserva Raleo, que sirve de veranada, y

posee cerca de 11.710 hectáreas<sup>27</sup>, “su población llega a 400 personas, distribuidas en 90 familias”<sup>28</sup>. Raleo Lepoy se ubica entre la comunidad Quepuca Raleo y la Reserva Forestal Raleo, en una superficie de 5.634 há. Viven allí, alrededor de 800 personas.

### 2.3. LAS ESTRATEGIAS DE ENDESA.

La empresa proponente: ENDESA, probablemente tuvo conciencia de que sus principales problemas para ejecutar su proyecto de 6 centrales serían acceder a los recursos económicos y cumplir los requisitos legales para obtener las concesiones.

Teniendo presente la trascendencia del proyecto, y las protestas que generó desde un comienzo, la empresa debió plantearse una estrategia adecuada para salvar los dos obstáculos más difíciles que se le presentaban en lo económico y en lo jurídico. Lo económico se refiere al financiamiento del proyecto, para lo cual la empresa, en el caso de Pangué, solicitó un crédito a la Corporación Financiera Internacional (IFC) del Banco Mundial, que financiaría la construcción de la primera central, Pangué. En 1992 el directorio de la IFC aprobó un crédito para ENDESA de US\$ 170 millones y US\$ 4,7 millones en acciones del proyecto<sup>29</sup>. “El equipo de la IFC informó al Directorio [de la misma] que Pangué era una sola represa,

<sup>22</sup> Flores, Jaime, op. cit., p. 55.

<sup>23</sup> Downing, Theodore, op. cit., p. 11.

<sup>24</sup> El término comunidad se utiliza aquí en un sentido amplio, y no con un alcance legal. Tampoco corresponde al modo de organización mapuche, en un sentido tradicional sino a las comunidades dominio formadas en el proceso de radicación entre 1874 y 1929.

<sup>25</sup> Molina, Raúl, op. cit., p. 85.

<sup>26</sup> Molina, Raúl, op. cit., p. 85.

<sup>27</sup> Johnston, Barbara; Turner, Terence, “Los pewenche, el grupo Banco Mundial y Endesa: violaciones de derechos humanos en los proyectos de las represas Pangué y Raleo en el río Bío-Bío, Chile. Informe del Comité de Derechos Humanos Asociación Americana de Antropología”, Marzo de 1998, (p. 34); p. 5.

autónoma, y que ENDESA utilizaría los fondos de la IFC solamente para esta única empresa”<sup>30</sup>, lo que será desmentido por los hechos posteriores. Además de ello, ENDESA utilizó “infraestructura de Pangué, a través de la Fundación Pehuén, a fin de allanar el camino para la construcción del Proyecto Ralco”<sup>31</sup>.

En el aspecto jurídico, el proyecto Ralco enfrenta obstáculos legales que no se presentaron a la primera central: pues cuando esta se construyó, en 1992, no se encontraban en vigencia las leyes N.º 19.300 sobre bases generales del medio ambiente y la N.º 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Por lo que además de requerir la concesión administrativa que se otorga conforme al Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 de 1982, ley eléctrica, debía cumplir con los requerimientos de estos cuerpos legales.

La propiedad indígena se encuentra protegida por exigirlo el interés nacional, según se encuentra previsto en la legislación indígena. Esta ley (N.º 19.253) dispone un estatuto especial respecto de la propiedad indígena, en razón de constituir las tierras “*fundamento principal de su existencia y cultura*” (Artículo I Ley N.º 19.253). En virtud de estas disposiciones no es posible enajenar dichas tierras a quienes no tengan la calidad de indígena, así como tampoco establecer gravámenes, ni arriendos por más de cinco años. En forma excepcional será posible someter la tierra indígena a algún gravamen con la autorización de la Corpo-

ración Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), a menos que se trate de uno que afecte la casa habitación y el terreno necesario para la subsistencia de la familia. Y se podrán enajenar (también de manera excepcional), mediante permutas aprobadas previamente por la misma Corporación.

Esta descripción plantea un doble escenario, legalmente complejo. Por una parte, dispone el establecimiento de un poderoso derecho de dominio de los indígenas. En efecto, si la propiedad privada es un instituto relevante dentro de nuestro orden jurídico, la propiedad indígena, es una que goza de una protección privilegiada.

Por otra ha permitido a la empresa y al gobierno plantear la existencia de un aparente dilema entre *propiedad indígena privilegiada* versus *utilidad pública*, que se ha colocado a la propiedad indígena en contradicción con la función social, transformándose en un obstáculo para el desarrollo.

ENDESA, admitió que debía contar con la voluntad de cada uno de los propietarios, para obtener sus tierras mediante permutas, por ello emprendió tempranamente la tarea de captar los consentimientos de los pewenche para los contratos. Esto es compatible además, con la decisión de CONAMA, que al otorgar el permiso ambiental a ENDESA, subrayó, que en todo caso la autorización ambiental es “condición necesaria pero en ningún caso suficiente para la realización del Proyecto, que sin lugar a dudas requiere de una aprobación posterior de las permutas, por parte de CONADI

<sup>30</sup> Johnston, Barbara, et al., op. cit. p.6

<sup>31</sup> Universidad ARCTIS; op. cit. p. 73.

<sup>32</sup> Resolución exenta N.º 10 de CONAMA de fecha 06 de Junio de 1997; p. 17.

como único órgano competente”<sup>32</sup>.

El proceso de información que llevó a cabo ENDESA para obtener la voluntad de los pewenche, estuvo marcado por el uso de la institucionalidad de la Fundación Pehuén, creada para la mitigación de los efectos provocados por Pangué<sup>33</sup>, y por el anuncio de que la obra y el traslado eran inminentes y se encontraban aprobados por el gobierno<sup>34</sup>.

Pero hasta ahora la empresa no ha podido convencer al total de los propietarios, ha puesto énfasis en otra estrategia. Aún sin voluntad de los pewenche, la ley eléctrica establece que las concesiones eléctricas involucran servidumbres legales, que no requieren el consentimiento del dueño del predio “sirviente”, y que según apostaba uno de los gerentes de la empresa, José Yuraszeck, “la ley eléctrica va a primar en estos aspectos por sobre la otra, tenemos informes jurídicos.... Ralco va estar operando el 2002”<sup>35</sup>.

A partir de Septiembre de 1997, la empresa comienza a ingresar a CONADI las solicitudes de permula firmadas por los pewenche<sup>36</sup>; no obstante los anuncios que los mismos pewenche habían hecho:

“una persona pone en claro que él no ha escuchado a ninguno de los comuneros [de

<sup>32</sup> Johnston, Barbara, et al., op. cit., p. 12.

<sup>33</sup> Universidad ARCIS, op. cit., p. 63.

<sup>34</sup> Moraga, Jorge: “Aguas turbias. La Central Hidroeléctrica Ralco en el Alto Bio Bio”, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, Santiago, 2001, (p. 141); p. 55.

<sup>35</sup> Namuncura, Domingo, “Ralco: ¿represa o pobreza?”, LOM ediciones, Santiago, 1999, (p. 334); p. 169.

kepuka ralko] decir que esté dispuesto a vender sus tierras, y tampoco cree que exista una persona que esté dispuesta a trasladarse de la zona, recuerda que la Endesa es la interesada en construir la represa y no los pewenche”<sup>37</sup>.

ENDESA logra en definitiva obtener la mayoría de los consentimientos de los pewenche propietarios de tierras a inundar, pero no la de todos. Actualmente, existen familias que se niegan a entregar sus tierras. A su vez, ha conseguido del Gobierno la aprobación definitiva de la concesión<sup>38</sup>.

## 2.4 LOS PEWENCHE Y LA CENTRAL RALCO.

En cuanto a la voluntad de los pewenche para suscribir los contratos respectivos, Downing ha dicho que “Los pewenche no están bien al tanto de las instituciones y reglas de la sociedad dominante”<sup>39</sup>. Los pewenche no cuentan tampoco con representación legal. La Fundación Pehuén no ha dado dicha asesoría, y si lo hiciera “tendría un conflicto de intereses, ya que tres de los siete miembros del directorio son empleados de la compañía. Un cuarto, el Presidente del Directorio, es también

<sup>37</sup> Relmuan, María Angélica: “El proyecto de la central hidroeléctrica Ralco en Alto Bio Bio: La visión de las comunidades”, en Roberto Morales, compilador, *Ralco: modernidad o etnocidio en territorio pewenche*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 1998, (p. 193-230); p. 195.

<sup>38</sup> Decreto Supremo N° 31 de fecha 18 de Enero de 2000.

<sup>39</sup> Johnston, Barbara, et al., op. cit.; p. 8.

<sup>40</sup> Downing, Theodore; op. cit.; p. 65.

Presidente de Pangué S.A., y socio de una empresa que tiene contrato con Endesa para preparar el reasentamiento de Raleo<sup>39</sup>. Según señala Dwoning<sup>4</sup>, el gobierno no ha asistido tampoco jurídicamente a los pewenche. Lo que es efectivo, en parte<sup>40</sup>.

Asimismo, y para poder “detectar si efectivamente era para ellos una decisión imperiosa, pero propia, irse de sus tierras para buscar nuevos horizontes o mejorar sustancialmente su vida”<sup>41</sup>, el director nacional de la Corporación (Domingo Namuncura) determinó realizar entrevistas de seguimiento del proceso de presentación de permutas; de cuyos resultados se pueden extraer algunas conclusiones relevantes. Como ha dicho el propio Namuncura, “...necesitábamos establecer fehacientemente si la solicitud de permuta era fruto de una decisión conscientemente adoptada o era re-

sultado de circunstancias forzosas e impuestas”<sup>42</sup>.

Para cumplir su objetivo, se trasladó a Raleo, y Santa Bárbara junto a otros funcionarios para entrevistar a los pewenche. De estas entrevistas resaltan algunos testimonios como el de José Rodríguez Piñaleo: “Sí, yo no sé leer ni escribir y en el contrato que firmé en la Notaría de Los Angeles yo puse mis iniciales y mi esposa estampó su dedo...”<sup>43</sup>. Acerea de si entendieron claramente lo que dice el contrato que se firmó, los pewenche dieron respuestas similares<sup>44</sup>.

La conclusión del ex director de CONADI es que “...del conjunto de la entrevista, se desprende claramente una percepción nítida respecto del grado de consentimiento, confirmándose la hipótesis -por parte de CONADI- de que nos encontrábamos en una situación de *consentimiento forzado*”, sin más alternativa que salir del

<sup>4</sup> Dwoning, Theodore; op. cit., p. 65.

<sup>39</sup> Hasta el año 1997, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena contaba solamente con un abogado para toda la región del Bío Bío. La oficina gubernamental se encontraba en ese entonces en la ciudad de Cañete, distante 300 kilómetros de Raleo. Solo a partir del año 1997 la Corporación financo un programa de apoyo jurídico a las comunidades de Alto Bío Bío a realizarse por la Universidad Arcis de Santiago, que patrocina una demanda de nulidad de la resolución que aprobó ambientalmente el proyecto. En Septiembre de ese año, la Corporación licitó además un programa de asistencia jurídica que, en la Octava región se adjudicó la Fundación Instituto Indígena del Obispado de Temuco. Durante el año 1998, la Clínica Jurídica de interés público de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco efectuó asesoría en materia jurídica a los pewenche que se oponían a la construcción de la Central.

<sup>40</sup> Namuncura, Domingo; op. cit., p. 177

<sup>41</sup> Ibid., p. 172.

<sup>42</sup> Ibid.; p. 192.

<sup>43</sup> “Yo no sé leer ni escribir, pero se firmar. Mi señora no sabe nada. Otra persona firmo por ella. Me leyeron el contrato, pero no me quedo todo en la cabeza...” (José Benítez); “...entiendo lo que dice el contrato por que me lo leyó el señor Notario, aunque no sé leer ni escribir” (Segundo Calpari); “... del contrato poco entiendo. Yo no sé leer ni escribir, pero estampé mi dígito pulgar.” (José Calpari); “yo no sé leer ni escribir ... sólo entendi un poco” (José Comilao); “yo no sé leer ni escribir... me trajo un supervisor, don Armando Illanes. Me dijo que tenía que venir a firmar...” “el me dijo que estaba todo listo” (Juan Quipaiani); “... me leyeron el contrato pero no entendí” (José Huenucañi); “no” (José Santos Rodríguez). Todos los testimonios son extraídos de las entrevistas que se encuentran publicadas en Namuncura, Domingo, “Raleo, ¿presa o poltreza?”, ya citado.

<sup>44</sup> El destacado es original.

<sup>45</sup> Ibid., p. 228.

lugar..."<sup>48</sup>

Otro tanto concluye el estudio realizado por María Angélica Relmuan que forma parte de un análisis crítico del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental de CONAMA. "Los pewenehe no han tenido la posibilidad de tener una opinión libre sobre la central, y cabe reflexionar y preguntarse si estas condiciones cambiarán de modo más favorable para ellos, tal cual es su intención"<sup>49</sup>.

Durante la primera etapa de intervención de la empresa en las comunidades de Ralko Lepoy y Kepuka Ralko (entre fines de 1996 y comienzos 1997), en procura de la voluntad de los pewenehe para permutar sus tierras, se produce una reacción negativa de los pewenehe frente a las intenciones de ENDESA, en términos de avanzar en la construcción de su segunda central. Esto es comunicado formalmente al Servicio encargado de otorgar los permisos ambientales, la Corporación Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). En Junio de 1996, llegaron a la oficina de la Directora de CONAMA, Sra. Vivianne Blanlot, dos cartas desde Alto Bio Bio, cada una era suscrita por el Lonko y unos cincuenta miembros de las comunidades de Kepuka ralko y Ralko lepoy, respectivamente.

En ellas, las comunidades manifiestan que "no estamos de acuerdo con el Proyecto de la Central Raleo y nos oponemos a su construcción..." y "pedimos que CONAMA rechace el Proyecto Central Raleo, que nuestra voz sea escuchada y res-

petada"<sup>50</sup>.

Ahora bien, en estas cartas se expresan las opiniones de las comunidades a través de su autoridad tradicional, y no señalan como razón fundamental para su oposición, el carecer de la claridad suficiente para opinar sobre la propuesta hecha por la empresa y lo que esto significa. Más bien, ellos (los mapuche pewenehe de estas dos comunidades) identifican otras, como las consecuencias indeseables, de acuerdo a su propia percepción.

Señalan que "el proyecto afecta a toda la comunidad, no sólo a los que serán afectados directos por la inundación, faenas y caminos"<sup>51</sup>. Que no está en discusión la eventualidad de trasladarse, "porque nosotros somos nacidos y criados y fuimos dejados aquí por *Chachao*, en la tierra de nuestros antepasados"<sup>52</sup>, "nuestras tierras son las mejores...", "donde estamos tenemos nuestra riqueza, ahí están los antiguos enterrados y no queremos dejar de ver el cielo, porque nuestra tierra es nuestra madre y nuestro padre..."<sup>53</sup>.

Estas declaraciones dejan en evidencia algunos puntos que deben ser considerados fundamentales por lo pewenehe, puestos en un escenario de construcción de un megaproyecto dentro de su territorio. En primer lugar existe clara conciencia que, quien debe otorgar su consentimiento para el traslado, son los pewenehe colectivamente considerados; y no cada uno en particular.

<sup>48</sup> Relmuan, María Angélica, op. cit., p. 222

<sup>49</sup> Relmuan, María Angélica, op. cit., p. 225

<sup>50</sup> Ibid., p. 225

<sup>49</sup> Relmuan, María Angélica, op. cit., p. 221.

<sup>50</sup> Relmuan, María Angélica, op. cit., p. 225.

Esto porque se entiende que *el proyecto afecta a toda la comunidad, no sólo a aquellos cuyas tierras serán inundadas, u objeto de faenas y caminos*; y que, en tal situación, no estarían dispuestos a abandonar su tierras.

De acuerdo a estos argumentos, no aparece entonces posibilidad de establecer -respecto de este punto al menos- una posibilidad de negociación, los pewenche se ubican fuera de la mesa, porque no hay nada que ellos quieran intercambiar, y reclaman su derecho a no salir de sus tierras sin su voluntad. Ellos entienden que abandonar sus tierras es más que cambiar el suelo donde desarrollan una actividad productiva. Su tierra es su espacio vital para la supervivencia de su cultura, y -como ellos mismos recalcan- "no hay compensación posible para nuestra cultura"<sup>1</sup>.

Esto lo hace explícito el lonko de Kepuka, don Antolín Curriao: "yo estoy totalmente en contra del Proyecto. Para los pewenche significa una gran perjudicación (sic), no hay ningún beneficio para la comunidad. Si ENDESA llega a hacer la represa de Raleo, para nosotros será un dolor muy grande porque ahí se desaparece la comunidad se desaparece la cultura y quedarían debajo del agua los cementerios donde están los antepasados. Yo veo un peligro muy grande para el futuro de la comunidad y para la cultura también..."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ibid., p. 223

<sup>2</sup> En entrevista realizada por José Aylwin para su tesis de magister "Indigenous People's Rights in Chile and Canada: A Comparative Study", de la Facultad de Derecho de la Universidad de British Columbia.

Una opinión distinta que se entrega sobre el tema, es la que tiene que ver más con las ventajas o perjuicios caletables patrimonialmente: es decir se trata de una respuesta a la oferta de la empresa, en términos que pueden ser "leídos" por los agentes de la empresa o el Estado como una contra propuesta.

Aquí caben opiniones como: "no se compara lo que tenemos con lo que se nos ofrece y con las riquezas que se sacarán del proyecto"<sup>3</sup>, aquellas que se refieren comparativamente a sus tierras y las ofrecidas (Fundo el Barco) para la relocalización. También quienes fustigan la actuación de ENDESA<sup>4</sup>, no tienen confianza en el cumplimiento de sus compromisos.

Sin embargo, parece desprenderse de las expresiones de los pewenche, recogidas por la investigadora del Instituto de Estudios Indígenas, que las ofertas realizadas por la empresa no cumplen con sus expectativas. Existe, al parecer, una distancia entre las ideas que se sugieren por la empresa sobre el desarrollo y el bienestar, que no son compartidas por los afectados. Cuando declaran que "no se compara lo que tenemos con lo que se nos ofrece", o que "nuestras tierras son las mejores"<sup>5</sup>, lo que parece querer decirse, y que está detrás de esta negativa condicional, es que los criterios con que justiprecian sus tierras no corresponden

<sup>3</sup> Relmuán, M:A., op. cit., p. 222.

<sup>4</sup> se califica "a Endesa como usurpador, tal cual los winka que antaño les quitaron las mejores tierras" (Relmuán, op. cit., 197). Se señaló que "Endesa, continúa trabajando sin siquiera consultarles o pedir permiso a las personas pewenches" (Relmuán, op. cit., 196)

<sup>5</sup> Relmuán, M:A., op. cit., p. 222.

a un carácter puramente patrimonial y en sentido económico como el que es utilizado entre nosotros, en las políticas gubernamentales; donde el problema de los indígenas constituye un problema ambiental, y el problema ambiental, un problema de compensación económica<sup>59</sup>.

El “no hay compensación posible para nuestra cultura”, parece dar cuenta de esta incongruencia entre lo que me “ofrecen” y lo que “pido”. Porque si para los mapuche los “*che*” (las personas) forman parte del “medio ambiente” (*mapu*), ello significa que las personas están comprometidas en mantener el equilibrio de la naturaleza; y que el desequilibrio que se provoca con la transgresión de un espacio significativo (que tiene un dueño, *gñen*), no se repara con el pago en dinero a un *che*. Pues quedará una deuda pendiente con el “dueño” del espacio.

En un tercer grupo, pueden ubicarse aquellas personas que están de acuerdo con el proyecto. Estos a su vez pueden dividirse en aquellos que plantean la imposibilidad de oponerse, ya que son los de ENDESA los que decidieron, junto al gobierno<sup>60</sup> y

<sup>59</sup> Morales, Roberto. “Una visión crítica a la modernidad impuesta a los pewenche del Alto Bio Bio”, en Roberto Morales, compilador. *Raleo: modernidad o etnocidio en territorio pewenche*. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 1998. (p. 253-272); p. 263.

<sup>60</sup> Como lo indica Relmuan (op. cit., pág. 206) “los pewenche, en general, habían sido informados por funcionarios de la empresa de versiones como, que el Proyecto de la Central estaba aprobado y que había sido aprobado por el ex presidente Aylwin. Aun estando el Proyecto, en realidad, recién en su etapa de estudio de impacto y posterior evaluación por parte de la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA)”.

aquellos que perciben a ENDESA como “la única instancia que ha estado en forma intensiva en el sector y pasaría a ser un referente de su relación con la sociedad mayoritaria. Dicen que los funcionarios de ENDESA han estado cercanos a ellos y les auxilian en sus necesidades más urgentes”<sup>61</sup>. Aquellas opiniones que enfrentan el proyecto como una fatalidad, parecen acercarse más a una posición que no es capaz de constituir consentimiento jurídico para dar lugar a un contrato.

Entre las primeras opiniones de este tercer grupo, se puede contar la de don José Maripi; quien ante la pregunta de si deseaba cambiar su casa y su terreno por otro lugar, señala que “como yo he sido nacido y criado en Raleo Lepoy, no deseo cambiarme, pero como la represa ha empezado a trabajar, nos tenemos que cambiar, porque no podemos andar debajo del agua como los camarones...”<sup>62</sup>. Entre los segundos, están los pewenche como don Pedro Huechecal: “Sí [deseo cambiar mi casa y terreno por otro lugar], porque ENDESA nos dio trabajo y nos trajo progreso...”<sup>63</sup>.

Además, es posible -aunque no se cuentan con antecedentes del trabajo en terreno- que las distintas opiniones o discursos recogidas en torno a la Central, puedan estar presentes de manera cruzada. Es decir, que una misma persona o grupo, pueda sostener y manifestar más de una posición, inclusive de manera conjunta.

<sup>61</sup> Relmuan, M.A., op.cit., p. 214.

<sup>62</sup> Namuncura, D., op. cit., p. 176

<sup>63</sup> Namuncura, D. op. cit., p.185.

## 2.5. EL ESTADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA CENTRAL.

La posición del Estado, y básicamente del gobierno, en relación a la Represa ha estado marcado por su opinión respecto de lo que entiende por desarrollo y bien común, que constituye su mandato genérico, de acuerdo a la Constitución Política. Si bien, se han planteado disputas al interior del gobierno en términos de cómo interpretar estos conceptos en relación al rol del gobierno frente a un conflicto generado por un megaproyecto como Ralco, existe un discurso hegemónico en el Estado manifestado en la tramitación administrativa del proyecto (y también en la tramitación judicial). Las voces disidentes en este sentido no han influido de manera determinante en la opinión del gobierno; por el contrario, quienes han sostenido visiones contrarias han debido salir de sus cargos<sup>11</sup>. Así, el propio presidente Eduardo Frei, dio apoyo público a esta iniciativa y asistió personalmente a la inauguración de la primera Central (Pangué).

El discurso del gobierno entonces podría enunciarse de la siguiente forma: i) el Proyecto Ralco es una obra que aporta energía eléctrica de bajo costo, "con 570 megawatts de potencia, la central Ralco será la de mayor capacidad en el país, y podrá abastecer cerca del 10 por ciento del sistema interconectado central. Su construcción reduce las tarifas eléctricas y contribuye a sortear la creciente demanda y los ciclos de

sequía a que el país está expuesto"<sup>12</sup>; ii) que se considera de bajo costo, en cuanto a que el que ocupe esa energía deberá pagar menos que por otra (léase gas natural, petróleo). No se consideran en cambio, "otros" costos; iii) esto favorecería el crecimiento económico ya que "cualquier proyecto de inversión requiere una fuente de energía para su desarrollo y en el caso del país, la hidroelectricidad es más barata que la generación térmica, lo cual permite conseguir una producción de bienes y servicios en forma más competitiva"<sup>13</sup>; esto se funda además en la idea que a mayor crecimiento económico, mayor bienestar para las personas; iv) que el término "las personas", equivale aquí a decir "la mayoría"; de tal manera que desde esta perspectiva, la bondad de una decisión depende que favorezca el mayor bienestar para el mayor número de personas.

Que para esta visión utilitarista se justifica que el costo lo asuma una minoría, ya que la obra se funda en la utilidad pública. El discurso de los agentes del gobierno ha sido consecuente con esta filosofía, lo que se expresa adecuadamente en la palabras del Ministro (Secretaría General de la Presidencia) Juan Villarzú: "...nada de eso ha existido (se refiere a posibles maniobras de presión para que se apruebe el proyecto), hay un interés genuino de la autoridad por tratar de velar de la mejor manera posible por el interés de todos los chilenos, del bien común y del mandato que la ley le ha dado a la dirección ejecutiva de la CONAMA y a

<sup>11</sup> En este caso se encuentran los directores de CONADI Mauricio Huenschulaf y Domingo Namuncura, los consejeros de la misma institución Mylene Valenzuela y Cristián Vives.

<sup>12</sup> Editorial del diario El Mercurio de Santiago de 21 de Marzo de 2000, p. A3.

<sup>13</sup> Diario La Tercera de 19 de Febrero de 2000, p. 23.

este ministerio”<sup>67</sup>.

Más directamente el Intendente de la octava región de la época, Martín Zilie declaraba “siete pehuenches no pueden detener la central Ralco”<sup>68</sup>.

De esta forma, el deber del Estado consiste en promover estos proyectos en razón que las mayorías se encontrarán mejor si se realizan. Y que, al Estado no le corresponde sino otorgar las autorizaciones administrativas que procedan, que están dados en este caso por la autorización especial de las permutas por CONADI y el permiso ambiental por CONAMA.

Esta doble sujeción legal (a la ley indígena y ambiental) del Proyecto, hizo surgir una discusión de interpretación legal a la que ya hemos hecho alusión<sup>69</sup>; que significó en definitiva una indefensión por parte de los indígenas, puesto que permanentemente el gobierno bajo la excusa de una derrota judicial anticipada que significara una “devaluación” de la ley indígena, ofreció una serie de salidas alternativas que, o no se dieron, o consistieron en un aumento

de la compensación económica. Y mientras este discurso lo esgrimían algunas autoridades gubernamentales, los funcionarios de los servicios, procedían a otorgar los permisos.

Ahora bien, dentro del discurso oficial se presentó la idea de que si bien forma parte de los deberes del Estado, la preocupación por la protección del medio ambiente y de las minorías, estos son temas diferentes que debían tener a su vez, canales de expresión diversa que no debían confundirse. El gobierno afirmó en este sentido que “si lo que se quiere es cuestionar la política estratégica del Gobierno hay que hacerlo en ese plano, mientras que si lo que se quiere es analizar la situación indígena hay que hacerlo en el marco de esa Ley, pero no se puede pedir a la CONAMA, cuya tarea es emitir una certificación ambiental, que tome atribuciones que no le corresponden”<sup>70</sup>. Lo cual implica que cada aspecto y dimensión de las cosas puede -y debe- ser examinada de manera separada.

### 3.- CONSTRUCCION DEL BY PASS DE TEMUCO EN XUF XUF

#### 3.1. El proyecto del gobierno.

En 1983, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) planteó la necesidad de que la carretera panamericana tuviera un trazado que no cruzara el área urbana de la ciudad de Temuco, para evitar el impacto urbano que se producía en esa ciudad. Esto se enmarca dentro de un proyecto mayor del

<sup>67</sup> Namuncura, D., op. cit., p. 147.

<sup>68</sup> Diario El Sur de Concepción, 7 de Agosto de 1998, citado por Víctor Toledo en “Si señor Intendente Zilie, siete pehuenches si pueden detener la Central Ralco”, documento medito, Agosto de 1998.

<sup>69</sup> Al respecto ver informe en derecho de Jorge Precht Pizarro, “Constitucionalidad del estatuto jurídico de CONADI en referencia a los artículos 19 N.º 21, 23 y 24 de la Constitución Política de Chile 1997; y María Salamanca Huenschullán, 1999, “El límite a la protección de tierras indígenas de la ley N.º 19.283”, en Volumen especial: *Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche*, revista CUEHSO del Centro de Estudios SocioCulturales de la Universidad Católica de Temuco, páginas 49 a 66.

<sup>70</sup> Ministro Juan Villarrú, citado por Namuncura, op. cit., p. 147.

Misterio que es el Programa de Concesión de la Ruta 5 entre la ciudades de La Serena y Puerto Montt que abarca un total de 1.500 kilómetros<sup>1</sup>. “que permitirá que el país cuente con una carretera de alto estándar, alta velocidad y una alta seguridad para los usuarios”<sup>2</sup>.

La forma de realizar esta obra es “a través de la ley de concesiones del año 1992 y sus modificaciones posteriores, conforme a la cual ha sido posible interesar a inversionistas privados nacionales y extranjeros en invertir en infraestructura por medio del sistema de Concesión, lo que significa que el privado asume la construcción, operación y mantención de las obras necesarias, recuperando su inversión en un número de años mediante el pago de peajes o tasas por los usuarios de las obras”<sup>3</sup>.

Específicamente, el proyecto By Pass Temuco forma parte del tramo Collipulli-Gorbea de la ruta 5 Sur con una longitud de 145 km, lo que constituye uno de los 8 tramos en que se ha dividido la carretera para su Concesión. “La longitud total del By pass es de aproximadamente 20 km., y entre 40 y 60 metros de ancho, de los cuales 6,1 pasan por territorio indígena y 13, 9, no lo hacen. En su recorrido atraviesa propiedad de 60 propietarios mapuches y 30 no mapuches”<sup>4</sup>. El By Pass se encuentra

trazado en la ribera oriente del río Cautín, desde el norte por la localidad de Cajón, “cruzará luego el río Cautín por un puente ubicado 200 metros aguas arriba del actual puente Cajón. Luego de cruzar sobre el camino a Vilecín seguirá en el kilómetro 5 por el interior del Fundo Santa Ana hasta llegar a la ribera oriente del río Cautín y la desembocadura del estero Ñilquileo”<sup>5</sup>. “siguiendo por la ladera del cerro Conón Hueno y luego conectándose a la Ruta 5 en su salida Sur en el sector Licaneo”<sup>6</sup>.

Los problemas que se planteaban resolver con el proyecto By pass eran el alto costo del transporte, congestión del tránsito, impacto urbano y contaminación del aire, generación de alto índice de accidentes e inseguridad de los habitantes; todos los cuales pueden considerarse como de utilidad pública utilizando la terminología de la Constitución Política; directrices, en términos de Ronald Dworkin<sup>7</sup>.

El trazado propuesto originalmente para este desvío se ubicaba hacia el este de la ciudad de Temuco y afectaba a no menos de 27 comunidades indígenas y alrededor de 300 familias mapuche del sector de Xuf Xuf. El año 95<sup>8</sup> se retomó este proyecto y se planteó un estudio que permitiera rebajar los impactos en territorio indígena, pero que a la vez fuera económica y técnicamente fac-

<sup>1</sup> Ministerio de Obras Públicas. “By Pass de Temuco. Proceso, Criterios y Estrategias para su diseño e implementación”. Documento obtenido del Ministerio, sin fecha, inédito. (p. 18); p. 1.

<sup>2</sup> Ministerio de Obras Públicas. “Especial By pass”. Sin fecha. (p. 8); p. 1.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>4</sup> Ministerio de Obras Públicas. “By Pass de Temuco. Proceso”, op. cit., p. 3.

<sup>5</sup> Diario Austral de fecha 5 de Septiembre de 2000, p. A6.

<sup>6</sup> Ministerio de Obras Públicas. “Especial By pass”, op. cit., p. 5.

<sup>7</sup> Ver Dworkin, Ronald. “Es el derecho un sistema de normas”, en Dworkin, R., comp. *La Filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1980. (p. 75-127).

tible y que respetará “los instrumentos de planificación territorial de las comunas involucradas”<sup>78</sup>. Esto significa que no se aceptó un trazado que transecurriera por espacios urbanos de la comuna de Temuco o la reciente comuna de Padre las Casas, o muy cercanos a ellos, de tal forma que en razón de su ritmo de crecimiento quedarán ubicadas al corto plazo dentro de ellas.

### 3.2. LOS WENTECHE Y LOS WICHAN MAPU DE XUF XUF Y KOYAWE.

El By pass se construye en la naciente comuna de Padre las Casas ubicada al sur oriente de Temuco, en la ribera opuesta del río Cautín. Padre las Casas tiene una población de 46.000 habitantes de los cuales un 40% es población indígena<sup>79</sup>, que es mayor al promedio regional de población indígena, inferior al 30%.

La mayor parte de ella corresponde a población rural, los que se distribuyen en 246 títulos de merced, distribuidos por el Estado en la época de la radicación (fines del siglo XIX y comienzos del XX). Por nueve de estas ex comunidades atraviesa el proyecto vial.

Desde una perspectiva política y territorial mapuche, son dos los espacios que se verán afectados: Xuf Xuf y Koyawe. Cada uno de ellos, constituye un *Rewe* o *Wichan mapu*, que son espacios territoriales que agrupan a un conjunto de *lof mapu*, que

constituye la “unidad territorial, familiar y espacial mínima, constituida por uno o más *xokiñche*”<sup>80</sup>.

Estos *rewe* a su vez se encuentran ubicados en lo que constituía hasta antes de la ocupación de la Araucanía el territorio de los wenteche, una de las identidades territoriales o *butalmapus* en que se organizaban los mapuche, y que se estructura en torno al *meli wichan mapu*<sup>81</sup>.

Según Bengoa, “la zona habitada por los arribanos (wenteche) estaba densamente poblada, pues la ganadería se reproducía con mucha facilidad en las llanuras precordilleranas. En cada valle localidad dominaba un cacique principal rodeado de mocetones, pero a diferencia de los abajinos (*nagche*), todos ellos se encontraban, al comenzar el siglo XIX, estrechamente unidos en torno a Marilúán y Manguin, el primero famoso por lo valiente y el segundo, por lo sabio”<sup>82</sup>.

Los wenteche, a diferencia del los *nagche* o abajinos, durante el siglo XIX combatieron al ejército chileno, incluso durante el período de la independencia combatieron junto a los realistas, bajo la consideración de que ellos respetarían los parla-

<sup>78</sup> Ministerio de Obras Públicas. “By Pass de Temuco-Proceso...”, op. cit., p. 2.

<sup>79</sup> Ministerio de Obras Públicas. “By Pass de Temuco-Proceso...”, op. cit., p. 3.

<sup>80</sup> Quidel, José y Jineo, Fernando. “Las raíces para nuestro cultivo”, en Caro, Aracely; Durán, Teresa y Tercucán, Julio, ed. *Estilos de desarrollo en América Latina* Universidad Católica de Temuco, Universidad de la Frontera. Temuco, 1999. (p.147-158); p. 155.

<sup>81</sup> Ver Marimán, P. “Gobierno y Territorio en el País Mapuche”. En revista *Kull Kull*, N° 2. Proyecto de desarrollo autogestionario mapuche. Temuco, 2001.

<sup>82</sup> Bengoa, José. “Historia del Pueblo Mapuche”. Sur ediciones, Santiago 1996. (p. 426); p. 80-81.

mentos suscritos con los longkos mapuche. Hasta mediados de siglo apoyaron los alzamientos al gobierno central criollo, y al verse derrotados, Manguín buscará apoyo en Argentina. Mientras que los principales longkos abajinos, permanentemente buscaron los acuerdos con los chilenos.

En el sitio de Temuco, durante el último levantamiento en 1881, los mapuche de Xuf Xuf, liderados por Esteban Romero, constituyeron una de las 3 columnas que pretendían asaltar el fuerte de Temuco. Junto a Romero, pelearon Sandoval y Parra de Xuf Xuf y otros caciques de Allipen y Llaima.

“Don Alejandro Curiqueo de Truf Truf nos dice (1981): Esteban Romero fue a buscar a varios por allá por Cunco. Eso sí que no sé el nombre del cacique, el cacique ese que vivía por ahí por Trompulu. Esos terminaron allí en el río, con caballo y todo. Los mataron los chilenos con las armas que tenían. Éstos de acá iban sólo con lanzas, y los pillaron comiendo a esta gente. Esa parte estaba cubierta de monte (arbustos). Por allá dijo mi finado papá que los corretearon desde abajo (desde Temuco). Primero tenía un tiro nomás el fusil, ya después tiraban varias veces y mataban mucho. Salieron del cuartel y mataron ese campamento de gente que allí había. Pasaron el río agarrados de la cola del caballo, así pasaron los que se salvaron”<sup>83</sup>.

Según nos cuenta Javier Quidel, días antes del combate se realizó en Pütrawe, sector Xuf Xuf, un gran *trawün* (reuniones) para determinar el combate al ejército chileno, donde concurrieron los longko de todos los lof de Xuf Xuf<sup>84</sup>.

José Quidel nos explica: “...cuando se funda Temuco y llega el ejército chileno, invade y mata mucha gente, y se puso un gran enfrentamiento, nuestra gente que son nuestros antepasados, lucharon bastante o vastamente por el tema, lucharon hasta el final para que no se estableciese esa ciudad, y luego fueron derrotados por el ejército chileno y ellos atravesaban luego los ríos<sup>85</sup> y muy malheridos llegaban a morir, a ese lugar y fue un lugar muy especial y hoy en día quedan algunos vestigios de eso; y esos vestigios en este momento están siendo violados”<sup>86</sup>.

### 3.3. ESTRATEGIA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.

Considerando la “necesidad de mantener la continuidad del proyecto Ruta 5 desde La Serena hasta Puerto Montt” y que se trata de un proyecto de *alta conflictividad* que no se había ejecutado antes por “razo-

<sup>83</sup> Javier Quidel es profesor de educación intercultural bilingüe y werken del aviarawe de Xuf Xuf.

<sup>84</sup> José Quidel es profesor del departamento de lenguas de la Universidad Católica de Temuco y nido longko del aviarawe de Xuf Xuf.

<sup>85</sup> Se refiere al río Cautín.

<sup>86</sup> Entrevista realizada en Xuf Xuf mapu, Febrero de 2001.

<sup>83</sup> Testimonio recogido por Bengoa, José, op. cit., p. 321, traducción de Sergio Melinao.

nes étnicas culturales y políticas”, la tarea más difícil del Ministerio consistía en “viabilizar” el proyecto; es decir posibilitar la construcción de la obra. En este sentido la estrategia del Ministerio (y del Gobierno) consistió en establecer “la forma o método de abordaje de las comunidades mapuches que habían en el territorio de Truf Truf/manzanares, todas de reconocida tradición autonomista, contraria a la integración de sus tierras a la urbe vecina y que forman parte del *cinturón de comunidades*<sup>88</sup> que existen alrededor de Temuco”<sup>89</sup>.

Se trataba por tanto de establecer un procedimiento que permitiera “dar solución a las demandas mapuche”, a la vez que “construir las obras, *demonstrando de paso que son conciliables los intereses públicos con los intereses de los grupos indígenas eventualmente afectados por ellas*”<sup>90</sup>.

Para llevar adelante esta negociación se plantearon una serie de objetivos metodológicos por parte del ministerio, tendientes a obtener el consentimiento de los indígenas para la utilización del territorio en la construcción de la obra de interés público. Para ello se realizó un “acercamiento paulatino y respetuoso a las comunidades, cuyo objetivo principal fue informarlos a

cabalidad en forma individual y comunitaria sobre la iniciativa y escuchar los legítimos temores.....”. Desde el comienzo del proceso, el Ministerio distingue claramente entre la voluntad colectiva (dada por las organizaciones reconocidas legalmente), y una individual, (entregada por los propietarios); lo cual se compadece perfectamente con las compensaciones previstas (colectivas e individuales), y con una separación entre “afectados directos” e “indirectos” que encuentra su justificación en el Estudio de Impacto Ambiental.

Al igual que en el caso de la Central Ralco, en este Proyecto se reconoce, desde el Estudio de Impacto Ambiental, la existencia de afectados directos, conformado por aquellas comunidades donde pasa directamente el trazado. Mientras que los indirectamente afectados, comprende a aquellas comunidades que “se agrupan y relacionan en ceremonias de tipo religioso....y cuentan con *gnuillatue* o sitio ceremonial sagrado”<sup>91</sup>.

Esto tiende a situar la discusión en dos planos, uno individual, concreto, fundado en la relación “*hombre-cosa*”, derecho de propiedad; y otro de carácter colectivo y difuso, relacionado con la cultura. Donde los derechos son bastante discutibles y los parámetros para medir su efecto y compensación, por lo tanto, se diluyen.

El marco jurídico del proyecto y la

<sup>88</sup> En la década del cincuenta el Diario Austral se refirió al “cinturón suicida” del desarrollo de Temuco, constituido por las comunidades mapuche que rodeaban la ciudad.

<sup>89</sup> Ministerio de Obras Públicas. “Principios y criterios para el diseño de proyectos en territorios indígenas. (El caso del By-pass de Temuco)”. Documento sin fecha. (p. 7), p. 1.

<sup>90</sup> Ministerio de Obras Públicas. “By Pass de Temuco-Proceso...”. op. cit., p. 4

<sup>91</sup> Instituto de Estudios Indígenas. Estudio de Impacto Ambiental. Anexo N°6. Proyecto By Pass de Temuco IX Región. Sistema socioeconómicos de las comunidades indígenas: Área de influencia del proyecto”. (p. 130); p. 123.

negociación estaba dado por la ley indígena N° 19.253, que establece la nulidad de la enajenación de tierras indígenas a personas de distinta etnia, salvo a través de las permutas (artículo 13); la ley de bases del medio ambiente, que obligaba a desarrollar un Estudio de Impacto, la Constitución Política que faculta a la expropiación, el DL 2168 que establece el procedimiento para hacerlo y el DFL 850, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, que autoriza la expropiación para el caso de los caminos.

Para obtener la certificación ambiental que debía entregar otro servicio público como es CONAMA, el Ministerio contrató los servicios de la consultora Geotécnica para la elaboración del Estudio de impacto ambiental, que se aprobó en Mayo de 1999. Además se encargó la realización de un Estudio de Impacto Cultural y Socioeconómico del By pass al Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera.

El Gobierno, a su vez, condujo un proceso de participación disponiendo a un equipo de trabajo de la Coordinación General de Concesiones para "generar las mejores condiciones de diálogo con la población afectada"<sup>27</sup>. Este proceso culmina con un acuerdo establecido entre organizaciones funcionales del sector<sup>28</sup> y el ministerio en torno a un trazado de la carretera y las compensaciones respectivas.

Para disponer de los terrenos nece-

sarios para construir el By pass, el Ministerio debió recurrir a la facultad del Estado para expropiar las propiedades instaladas en el trazado. Conforme lo dispone la Constitución Política, nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de alguna razón fundada en la función social de la propiedad (entre las que se cuenta la utilidad pública; razón, esta última en que se funda la expropiación), debe existir una ley que faculte para ello, así como una compensación en dinero.

La dificultad que tuvo el Ministerio en este sentido, consiste en que la ley Indígena establece que "en virtud del interés nacional" las tierras indígenas no se pueden *enajenar*. Se ha discutido sobre el alcance del término enajenar, en cuanto a si incluiría o no la expropiación. Entre los argumentos más fuertes que se han esgrimido a favor de la expropiabilidad de las tierras indígenas se encuentra aquel según el cual el término enajenación utilizado en el artículo 13 de la Ley N° 19.253 tiene un carácter restringido y se refiere a la enajenación por un acto jurídico entre particulares. Que esto estaría ratificado, por la sanción que se establece, que es una sanción propia del derecho civil (nulidad absoluta); que en cambio, la expropiación es un acto jurídico de derecho público, sancionado con la nulidad de derecho público<sup>29</sup>. El propio gobierno ha defendido esta facultad del Estado (de expropiar tierras indígenas) con un argumento que parece mucho más débil, como lo es

<sup>27</sup> Ministerio de Obras Públicas, "Principios y criterios para el diseño de proyectos", op. cit., p. 2.

<sup>28</sup> Comunidades indígenas constituidas de acuerdo a la ley indígena, que se rigen además por la ley sobre organizaciones funcionales.

<sup>29</sup> Acerca de este debate ver, Salamanca, María del Rosario, "Marco jurídico para un proyecto de obras públicas en tierras indígenas", Informe final del curso de Tesis, Escuela de derecho, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 1998.

el señalar que mientras la facultad estatal de expropiar se encuentra consagrada en la Constitución Política, la prohibición de enajenar tierras indígenas a quienes no lo sean se encuentra establecida en una norma de apenas rango legal. Lo que equivaldría a señalar que no se pueden oponer derechos reconocidos a nivel legal, en contra de facultades estatales establecidas en la Constitución.

El Gobierno considera que sí es lícito expropiar tierras indígenas; ya que los argumentos antes señalados fueron utilizados ante la Cámara de Diputados para defender al Ministro de Obras Públicas de la época, Ricardo Lagos, en contra del cual se interpusiera una acusación constitucional. Y posteriormente se han utilizado estos argumentos similares para defender judicialmente la resolución que otorga la concesión definitiva para la construcción de la Central Raleo y en este mismo proyecto vial.

Aún así, el Gobierno intentó el establecimiento de un acuerdo con los mapuche del sector afectado, para solucionar la alta conflictividad del proyecto. Para ello, se postuló en primera instancia la realización de una permuta en virtud de la cual se hiciera propietario de los terrenos necesarios. Finalmente, y atendidas las dificultades legales y reglamentarias de aquello se instruyó la realización de "expropiaciones consentidas", en "donde el precio final fue producto de una negociación directa con los afectados y sus dirigentes"<sup>95</sup>. Ya que la expropiación es un acto forzado, el acuerdo sólo puede referirse al monto de la indem-

nización, el cual por cierto, no es vinculante para las partes, ya que el afectado podrá en todo caso, recurrir a los Tribunales.

Además, el Gobierno estableció que la indemnización expropiatoria de cada propietario indígena sería aumentada en razón de un "plus cultural". Esto es, el valor especial que se le asigna a la tierra indígena, por ser ésta elemento fundamental para la existencia y cultura del pueblo mapuche.

Como forma de compensación además, el gobierno consideró no sólo el pago de la indemnización legal, sino también las permuta de tierras, el restablecimiento de viviendas, galpones y equipamientos. Asimismo, el Ministerio planteó que desarrollaría un plan de medidas para el desarrollo local del territorio por el que se desplaza el By-pass, lo que implica el mejoramiento de las vías secundarias, apoyo a la capacidad productiva, desarrollo social y educacional, telefonía, internado intercultural bilingüe, etc. Todo lo que se materializará a través del Gobierno Regional, municipio y el Ministerio. Todo ello es lo que constituyó lo que denominó, la compensación colectiva.

### 3.4.1. LOS MAPUCHE Y EL PROYECTO BY PASS.

En los distintos *lof* afectados por la construcción del By-pass se presentan distintos comportamientos. Siguiendo a Henríquez y Pichinao, podemos decir que respecto a la respuestas generadas en relación a la construcción del By-pass, se pue-

<sup>95</sup> Ministerio de Obras Públicas, "Principios y criterios para el diseño de proyectos", op. cit., p. 5

<sup>96</sup> Henríquez, Jeannete y Pichinao, Ximena, "Conflicto territorial del By-pass: repercusiones a nivel del

den establecer las siguientes categorías: "rechazo pasivo, rechazo activo, indiferencia y aceptación"<sup>96</sup>.

En la categoría de rechazo pasivo las principales connotaciones que definen este comportamiento son el individualismo y la resignación<sup>97</sup>. Esto es, aquellos que asumiendo los impactos negativos que genera el By-pass, los consideran sólo "en términos de los que les atañe como individuos"<sup>98</sup>. Mientras que otros no vislumbran algún "factor de peso que detuviera la construcción de la carretera"<sup>99</sup>. La mayoría de quienes manifiestan estos comportamientos no son originarios del sector.

Quiénes -en cambio- han apoyado la construcción de la carretera en forma activa son dirigentes de organizaciones funcionales (comunidades indígenas), que llegaron a acuerdo con el Ministerio. Estos actores han valorado la actuación del Gobierno. El dirigente Abelardo Quidel por ejemplo, "recuerda que cuando se conoció el proyecto, cuando se conversó a fondo con el propio ministro de Obras Públicas en Santiago y éste aseguró la cancelación de las tierras expropiadas, entonces las comunidades admitieron que esta obra se ejecutaría de modo distinto. Hoy está todo cancelado..."<sup>100</sup>.

comportamiento y el orden de la vida cultural mapuche", en revista *Liwen*, N.º 5. Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1999, (p. 79-98), p. 89.

<sup>96</sup> Henríquez et al., op. cit., p. 89.

<sup>97</sup> Henríquez et al., op. cit., p. 89.

<sup>98</sup> Henríquez et al., op. cit., p. 90.

<sup>99</sup> Diario Austral de Temuco, de fecha 5 de Septiembre de 2000, p. A6.

Agrega el dirigente que "con el dinero de las indemnizaciones se han visto florecer pequeñas empresas, otras familias han adquirido vehículos que facilitan sus actividades laborales y varias han mejorado sus viviendas o instalaciones productivas"<sup>101</sup>.

Según Henríquez y Pichinao, es recurrente que en la categoría de personas que manifiestan aceptación y aprobación al proyecto, se presenten factores de negación de identidad y migración temprana<sup>102</sup>.

La oposición al proyecto estuvo representada por una organización nacida a principios de los 80<sup>º</sup>, el Comité pro defensa del sector Xuf Xuf y Koyawe (posteriormente Comité de defensa de las Comunidades afectadas por la Construcción del By-pass). Cuya intervención provocó que en definitiva el Gobierno Militar aplazara la construcción.

Sostenía el Comité que "históricamente nuestro pueblo ha venido sufriendo el despojo y la marginación de nuestro territorio, de nuestra Madre Tierra, y de esta manera hemos ido perdiendo nuestra cultura, nuestras tradiciones como Pueblo"<sup>103</sup>.

El trabajo del Comité consistió en recopilar información acerca de la obra, sus impactos posibles y efectos. Para ello, solicitó el apoyo de diversos profesionales, ONG's, Universidades, etc. Todo ello con

<sup>100</sup> Diario Austral de Temuco, de fecha 5 de Septiembre de 2000, p. A6.

<sup>101</sup> Henríquez et al., op. cit., p. 92.

<sup>102</sup> Quidel, José. "Conflicto By pass, un ejemplo de relación contemporánea entre el Estado chileno y el Pueblo Mapuche", en Actas del Tercer Congreso chileno de Antropología, Temuco, 1999.

el objeto de establecer un diálogo con las autoridades, ha objeto de influir en el proyecto. Ya en el '96 sostienen una reunión con funcionarios del Ministerio y del Gobierno regional. Allí, Enrique Bessnier, representante del gobierno sostiene que "este equipo de trabajo tiene por finalidad básicamente establecer un mecanismo de negociación ...buscando las medidas de mitigación para ver las soluciones concretas cuando ya el trazado esté definido y se pueda identificar las familias que van a ser afectadas"<sup>104</sup>. Para el Comité este discurso en realidad se traducía por algo así como "la obra va, sólo resta el cómo y en ello ustedes nos ayudarán"<sup>105</sup>.

Para el Comité "El By pass es una basa que nunca se podrá extraer de nuestros territorios. Es el comienzo de la intromisión de una enfermedad que nos traerá múltiples efectos, un aumento del desequilibrio ya experimentado con la intromisión de otras instituciones de carácter político, religioso asistencialista, de servicio y otros. Se supone que cada uno de ellos significan desarrollo y modernidad...Sin embargo podemos identificar este desarrollo como: una ideología que propone e impone una conducta individualista, competitiva o sea contrario a la concepción mapuche, las consecuencias son la desconfianza, el incremento del *üxiruwün*, envidia, *kayñetuwün* hacerse enemigos uno de otros, coarta las expresiones propias de un modelo en contextos colectivos.....Es monocultural, por ende enajenante, sus consecuencias son el *awinkamiento* progresivo en desmedro de

lo propio, sitúa al hombre indígena en una disyuntiva valórica, trastocando sus valores en las relaciones sociales, familiares, religiosas y personales"<sup>106</sup>.

¿Por qué José Quidel identifica este proyecto vial como un símbolo de "lo winka", lo no indígena; y además, como un elemento de aculturación? ¿Por qué, lo no-indígena trae consigo una serie de antivalores como el egoísmo, la envidia y la enajenación?.

Uno podría imaginar que lo que sostiene Quidel, es que lo mapuche por oposición, encarna los valores de la generosidad, la integración y la solidaridad. ¿Es este un discurso *eticista*<sup>107</sup>, opuesto a la diversidad; según la que las culturas indígenas son consideradas como superiores, y donde su subsistencia esta marcada por su intangibilidad?.

Lo cierto es que no es posible establecer un paralelo entre lo que "es" la sociedad no-indígena, y lo que "debe ser" la sociedad indígena. En efecto, establecer una comparación entre una cosmovisión indígena versus la forma en que se desenvuelve la sociedad occidental, nos da como resultado una visión idílica e inexistente del mundo indígena. Sin embargo se puede extraer un deber ser "no-indígena" (lo que se pretende como valioso), que está presente en los dis-

<sup>104</sup> Quidel, José. Op. cit., p.936.

<sup>107</sup> Díaz Polanco, Héctor. "Los dilemas de la diversidad", en: Milka Castro (ed.) "Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal. Santiago, 2000.(p. 1009-1020).

<sup>104</sup> Quidel, José. 1999. Op. cit., p. 930.

<sup>105</sup> Quidel, José. 1999. Op. cit., p. 930.

cursos (lo que se ha intentado identificar en este trabajo). Bajo esta mirada, existen diferencias bastantes claras entre uno y otra visión; que es lo que en definitiva identifica Quidel.

#### 4. FORMULANDO UN MARCO TEÓRICO DE LOS CONFLICTOS ENTRE PUEBLOS INDÍGENAS Y EL ESTADO.

##### 4.1. ¿CONFLICTOS ETNOAMBIENTALES?

Los casos que han sido objeto de análisis se pueden encajar dentro del concepto de "conflictos etnoambientales", toda vez que parecen ser -de manera muy general- un tipo de disputa que tiene que ver con el tema ambiental, y en que influye la diversidad étnica de sus actores. Pero para entender en qué consisten este tipo de conflictos es necesario detenerse en el contexto en que se producen aquellos. Contexto espacial que podríamos circunscribir al espacio amerindio, temporalmente en la segunda mitad del siglo XX.

La discusión que se ha generado a partir de la década de los 70' en el contexto de América Latina, en relación con los derechos de que los indígenas son titulares, en tanto conforman una *comunidad de cultura*, ha transformado la demanda indígena de una demanda de campesinos a una demanda de pueblo. En este sentido, la condición de sujeto de derecho público, los coloca en una situación jurídica distinta en tanto titu-

lares de unos derechos colectivos vinculados a la jurisdicción o soberanía, como lo son el derecho a la *autonomía*<sup>198</sup> -una forma de participación y colaboración dentro del Estado- y el *territorio*. En este sentido, ya no sólo se predica un derecho de los indígenas sobre su *tierra*, ya sea individual o comunitaria, sino que en la perspectiva de la formulación de proyectos de autogobierno, la demanda se centra en los derechos colectivos (que permitan dar vigencia real a los individuales) sobre un espacio o hábitat, que otorgue sustento material a dichos proyectos.

El territorio no es ya, sólo un elemento del Estado, según se describe por la doctrina constitucionalista; sino también, y a partir del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), el territorio es un derecho colectivo de los Pueblos Indígenas, que se distingue del "derecho a la tierra". El concepto de territorio, constituye un especie de jurisdicción<sup>199</sup>, es decir, un espacio donde los indígenas ejercen su influencia o derechamente su autodeterminación; por lo que claramente se separa del derecho a la tierra que es un derecho individual. Desde otra perspectiva, el territorio, a diferencia de la propiedad, incorpora todos los elementos que conforman el *hábitat indígena*, suelo, subsuelo, agua, bosque, animal y Constitución<sup>200</sup>, en en Milka Castro (ed.) "Actas del XI Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Desafíos del tercer milenio". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal. Santiago, 2000. (p. 1029-1050), p.1036.

<sup>198</sup> "La autonomía y el autogobierno no son otra cosa que la capacidad de decidir los asuntos fundamentales de acuerdo a su cultura y bajo unas reglas pactadas con el Estado.", Gómez, Magdalena. "Derecho Indi-

<sup>199</sup> Sánchez, Esther. "Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia". Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 1998. (p. 345); p. 108.

males, etc., constituyéndose en un elemento central de la demanda indígena.

Históricamente los conflictos interétnicos reconocen también esta dimensión territorial, pues en su origen los Estados nacionales (y antes la Corona Española) fomentaron o realizaron la apropiación de los territorios ocupados por los indígenas, disputando soberanía sobre los espacios que éstos ocupaban. Sólo a partir de mediados del siglo XX, en el contexto de la reforma agraria, y por una política indigenista estatal, la demanda del movimiento se transformó en una demanda por tierras.

Esto es probablemente más patente en el caso de los mapuche, donde producto del original desarrollo histórico de la conquista, los mapuche mantuvieron su autonomía política y territorial hasta fines del siglo XIX, producto de los múltiples parlamentos celebrados con los españoles, en los cuales se reconoció la intangibilidad (política) del territorio mapuche. Un aspecto fundamental del desarrollo económico y político de los mapuche durante el siglo XIX, que se ve coartado con la ocupación, es la utilización de los territorios para el desenvolvimiento de una economía ganadera.

En definitiva, la reivindicación por autonomía, implica una demanda por participación política y por el control de los recursos naturales. A su vez, esto ha contrariado gravemente los intereses de los inversionistas, ya que pone en aprietos al proceso de expansión neoliberal. Esto, por cuanto, este derecho colectivo sobre el territorio violenta la concepción unitaria y monocultural del Estado, pues deposita la administración de los recursos naturales en

los Pueblos Indígenas, que han resultado ser mejores (y más celosos) “guardianes de la tierra” que los Estados nacionales.

Precisamente los espacios que habitan los indígenas, son aquellos que más interesan desde una perspectiva económica; básicamente porque corresponden a aquellos con mayor riqueza natural y diversidad biológica. Además, porque afecta a personas que por su condición socio política y económica, no debieran poner en riesgo “el capital invertido”. Transformándose así, los territorios indígenas en los espacios “más rentables” para los inversionistas. No es lo mismo, desde la perspectiva de la participación ciudadana casos como la construcción de La carretera Norte en un barrio de clase media alta de Santiago, que el proyecto “Celulosa Valdivia”, instalado al sureste de San José de la Mariquina, en la ribera del río Cruces en la provincia de Valdivia<sup>10</sup>. Es claro que existen diferencias en cuanto a la influencia que los afectados, en uno y otro caso, pueden llegar a tener en la realización y condiciones del proyecto. A ello debemos agregar, la distancia existente entre las posibilidades de una empresa de imponer un proyecto económico (en el caso de Chile, además respaldado por los gobiernos) y la capacidad “negociadora” de una comunidad local —especialmente en el caso de los indígenas—, sumidos en situaciones de extrema pobreza y discriminación. Por lo anterior, se podría establecer que una de las características de los conflictos *etnoambientales* es la desigualdad en que se desenvuelven.

<sup>10</sup> Sabatini, Sepúlveda, Blanco. “Participación Ciudadana para enfrentar conflictos ambientales. Desafíos para el sistema de evaluación de impacto ambiental”. SIPMA, Santiago, 2000; p. 13.

Mientras que en otro sentido, este tipo de conflictos se caracteriza porque no constituyen tanto una lucha por la "conservación ambiental" (sin que esto carezca de importancia), sino que es más una lucha por el control y uso de los recursos naturales.

Podríamos definir por tanto los conflictos *etno ambientales*, para efectos de nuestro estudio como aquellos que se dan entre el Estado y/o las empresas privadas con los pueblos indígenas, por el control de los recursos. Donde, la explotación irracional contenida en proyectos industriales planeados desde una perspectiva utilitarista, provoca no sólo el deterioro del medio ambiente (desde una perspectiva ecológica), sino también la calidad de vida de las poblaciones que habitan esos espacios, lo que constituye una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas.

En todo caso existen otros elementos del conflicto, que resultan ineludibles en la mira de buscar avances. Nos detendremos más adelante en ellos.

#### 4.2. LAS PROPUESTAS DE SOLUCION DEL SISTEMA.

Entre nosotros los instrumentos jurídicos que prevén mecanismos de solución en este tipo de conflictos son básicamente la Ley indígena (N° 19.253) y la Ley sobre bases del medio ambiente (N° 19.300).

La legislación ambiental plantea la obligación del Estado de velar porque el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente descontaminado no sea afectado, y por la preservación de la naturaleza. Se

entiende por contaminación ambiental en nuestro ordenamiento jurídico la presencia en el sistema global (constituido por elementos naturales y artificiales y su interacción, en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida) de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentración y permanencias superiores o inferiores -según correspondan a los establecidos por la ley.

Para el logro de este objetivo se establecen una serie de dispositivos legales: como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SIFA) que es un procedimiento de evaluación que realiza la Corporación Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) con el fin de determinar "Si el *impacto ambiental*<sup>111</sup> de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes"<sup>112</sup>. La participación ciudadana, que es la forma prevista por la ley para que la institucionalidad del Estado recoja la opinión de la ciudadanía respecto de los proyectos económicos sometidos a evaluación de impacto; las acciones ambientales y la propia acción de CONAMA<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> De acuerdo a la ley, la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada.

<sup>112</sup> Artículo 2 letra 1 de la ley de bases del medioambiente.

<sup>113</sup> Servicio público funcionalmente descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, cuyas funciones fundamentales consisten en proponer al presidente las políticas ambientales del gobierno y administrar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (artículo 69).

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) persigue mejorar ambientalmente los proyectos y prevenir conflictos<sup>114</sup>, pero en cambio, no está concebido como un mecanismo de política ambiental, pues “existen escasas posibilidades de incidir en el diseño y localización de los proyectos”<sup>115</sup>. El SEIA, que contempla Estudio (EIA) o Declaración de Impacto (DIA), según el caso, está concebido como una especie de espiral que tiende siempre a la aprobación del proyecto (cerca del 95 % de los proyectos evaluados han sido aprobados<sup>116</sup>). De esta manera los EIA “terminan transformándose en una justificación *ex post* de decisiones ya tomadas, en vez de ser una evaluación *ex ante* de la sustentabilidad ambiental de los proyectos”<sup>117</sup>. De ahí que se perciba la participación como un “ingrediente formal en el proceso de toma de decisiones ambientales”<sup>118</sup>, para que los proyectos sean impuestos de manera informada.

Por su parte, la ley indígena, destaca la relevancia que para la nación chilena constituyen las etnias de Chile, por lo que dispone la obligación del Estado de dar protección a ellas y a sus tierras, ya que constituyen “fundamento principal de su existencia y cultura”, y debe velar también por la adecuada explotación de ellas.

<sup>114</sup> Sabatini, et al., op. cit., p. 12.

<sup>115</sup> Sabatini, et al., op. cit., p. 28.

<sup>116</sup> Castillo, Marcelo, “Análisis crítico del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ley N° 19.300”, Editorial Red Nacional Ecológica (Renace), Santiago, 1998 (p. 99); p. 44.

<sup>117</sup> Sabatini, et al., op. cit., p. 93.

<sup>118</sup> Sabatini, Sepúlveda, Blanco, p. 26.

Este deber se traduce en el establecimiento de una serie de mecanismos o dispositivos legales; a saber, i) la protección legal de las tierras, ii) el establecimiento de un fondo para la adquisición de tierras en conflicto, y iii) la creación de una institución dedicada a velar por estas protecciones, así como de coordinar las políticas de desarrollo que el Estado dispone para los indígenas (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena).

Sobre las protecciones legales a la tierra que la legislación indígena del Estado a través de la historia ha establecido; éstas se han referido insistentemente a las “tierras indígenas”, con la aparente intención de cumplir con una de las demandas más persistentes del movimiento mapuche, y con el abierto objetivo – por otra parte – de incorporar dichas tierras al mercado nacional de tierras. Esta contradicción sólo puede explicarse por la confusión entre dos conceptos que no tienen un mismo significado. En efecto, si los mapuche han reivindicado persistentemente el *mapu* como un elemento fundamental para su desarrollo; este concepto – no tiene nada que ver con el de “tierra indígena” que define – y ha definido – la legislación nacional.

El concepto *mapu*, como señalan Quidel y Jineo, se ha “venido definiendo...con una visión eminentemente reduccionista”<sup>119</sup>, pero en verdad “mapu: es una construcción que la sociedad mapuche ha realizado para fundamentar su existencia y estructuración...Desde el momento en que el mapuche se autodenomina como tal,

<sup>119</sup> Quidel y Jineo, op. cit., p. 147.

significa o quiere decir que ha elaborado una construcción en su *rakizum* para explicarse la vida en las distintas dimensiones en que y con que interactúa<sup>119</sup>. En un primer acercamiento, *mapu*, está implícito en la conciencia mapuche y es “la base de su crecimiento, existencia y evolución...y consiste en el suelo, subsuelo y el entorno ecológico en que se han asentado históricamente las diversas poblaciones”<sup>120</sup>. Pero el *mapu* implica también una serie de planos o dimensiones, como el *wajmapu*, “que involucra todo el universo, el cosmos, todo lo que significa materia y lo que no es materia, lo tangible y lo intangible”<sup>121</sup>, habitado por diferentes *newen* que coexisten y hacen posible la vida. A su vez en el *wajmapu* se distinguen una serie de planos o dimensiones (al menos cuatro: *wenu mapu*, *ragiñ wenu mapu*, *püji mapu*, *nauq mapu*), “ninguno es mejor que otro. Todos tienen su particularidad”<sup>122</sup>. De éstos, es en el *püji mapu*<sup>123</sup> donde habita el hombre como *che*.

Lo que la CONADI en cambio se encuentra obligada a proteger y propender es “la propiedad privada en manos de los indígenas, proveniente de algunas de las formas que el Estado ha utilizado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas (artículo 12), incluyendo la refor-

ma agraria. Y su protección, no es más que una limitación a la libre circulación de los bienes, estableciendo un mercado paralelo y reducido de tierras”<sup>124</sup>.

Derechamente *mapu* y tierra indígena no son conceptos equivalentes. Las “tierras indígenas” no son el elemento fundamental para su existencia cultural, como sí lo es el *mapu*. Y *mapu* no es una noción que se encuentre recogida por la ley indígena.

En otro ámbito, el de la participación, la ley indígena establece mecanismos relevantes que disponen importantes instrumentos para los indígenas, los que según se aprecia en este estudio, no siempre han sido respetados por la autoridad.

“Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley” (artículo 34 inciso primero).

Siendo este un mecanismo legal que permite la influencia de los indígenas en el control de los recursos, y pudiera transformarse en uno de política ambiental de que la institucionalidad ambiental propiamente tal no dispone, en la práctica, los indígenas en general, han señalado “que sus opinio-

<sup>119</sup> Quidel y Jirón, op. cit., p. 148.

<sup>120</sup> Quidel, José; Jirón, Fernando op. cit., p. 148.

<sup>121</sup> Quidel, Javier. “Reflexiones sobre el ordenamiento y autoregulación o sistema jurídico mapuche”, en este número.

<sup>122</sup> Quidel, Javier, op.cit.

<sup>123</sup> “recurso material que sostiene al che entre los seres vivos”, Quidel, José; Jirón, Fernando; op. cit., p. 149.

<sup>124</sup> Lillo, Rodrigo, “Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho”, en: Milka Castro (ed.) “Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Desafíos del tercer milenio”. Area Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (744-753); p. 748.

nes no son consideradas en estos servicios cuando se toman decisiones que les afectan<sup>126</sup>. El desconocimiento de las autoridades y funcionarios de esta normativa, por otra la falta de una reglamentación en cuanto al procedimiento para escuchar las opiniones, han obstaculizado la efectividad de esta norma. La Corte Suprema ha señalado que es suficiente como procedimiento de consulta el emplazamiento genérico que se realiza a través de las publicaciones que establecen algunas leyes para oponerse a situaciones de hecho<sup>127</sup>. Sin embargo, en general, y aún conociendo la opinión de los indígenas representados a través de sus organizaciones- las autoridades no han considerado sus opiniones a la hora de decidir sobre la realización o no de un proyecto<sup>128</sup>.

También la ley indígena contempla normas de co-gestión en caso de espacios que hayan sido designadas a la vez Áreas Silvestres Protegidas (ASP) y Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), que son espacios de alta densidad de población indígena, homogeneidad ecológica y dependencia de recursos naturales para su equilibrio ecológico, (artículos 26 y 35).

Sin embargo, "en la práctica, no se ha cono-

<sup>126</sup> Aylwin, José "Materializaciones y conflictos: Aplicación de la Ley Indígena en el Territorio Mapuche (1994-1997)" Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, 2000, (p. 102), p. 35.

<sup>127</sup> La jurisprudencia fue establecida en un recurso de protección interpuesto por familias pehuenches que se oponían a la construcción de la Central Hidroeléctrica, que planteaban no haber sido escuchadas a la hora de conceder a la empresa un permiso provisorio para iniciar las obras de construcción.

<sup>128</sup> Aylwin, José 2000, op. cit., 36.

cido de la formación en estos sectores (Lonquimay, Alto Bío Bío y Puerto Saavedra) dentro del período en análisis (1994-1997), de instancias que permitan resolver los conflictos producidos por el uso de los recursos naturales entre comunidades indígenas y las entidades estatales a cargo de la administración de estas áreas silvestres<sup>129, 130</sup>.

El proyecto de ley indígena elaborado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) en 1991, en esta materia sí contemplaba la existencia de Territorios Indígenas, que disponía el control territorial indígena y la participación económica.

El hecho de ser la chilena, prácticamente la única de las legislaciones latinoamericanas<sup>131</sup> que no contempla derechos colectivos sobre la tierra<sup>132</sup>, es una limitación determinante en cuanto a la posibilidad de dotar herramientas de control de los espacios territoriales y el uso de sus recursos por parte de los indígenas.

En el ámbito internacional, el dere-

<sup>129</sup> Aylwin, José, 2000, op. cit., 37.

<sup>130</sup> Se puede mencionar el caso de negociaciones que actualmente realizan comunidades de Parque Nacional Villarrica para permitir el uso regulado de sus suelos para talaje, y las concesiones pesqueras que eventualmente favorecerían a asociaciones indígenas lakkenches de la octava y novena regiones.

<sup>131</sup> Junto con Brasil, que en todo caso establece otros derechos referidos al uso de ellas.

<sup>132</sup> Assies, Willem. "La situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el contexto latinoamericano". Seminario-Taller "Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio" organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, Sta Cruz - Buena Vista, 10 al 13 de Julio del 2000, sin publicar. (p. 36), p. 12.

cho provee de algunas posibilidades en este sentido. El Convenio 169 de la OIT (que no se encuentra vigente en Chile) si bien no contempla el derecho a la autodeterminación (que implica el manejo soberano del territorio y sus recursos), si establece en materia de control de recursos naturales dos alternativas: autonomía y cogestión.

El artículo 7.4. y el 15.1 establecen un tipo de facultades, que se orientan hacia la colaboración de los pueblos indígenas con el Estado.

“Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (artículo 7.4.). “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15).

Lo anterior se establece de modo explícito para el caso de los recursos del subsuelo en el artículo 15.2, que establece la obligación de los Estados (propietarios de los recursos del subsuelo) de consultar e indemnizar a los indígenas perjudicados con la prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras.

Estos derechos se entienden establecidos en el marco que otorga el Convenio, según el cual, si bien se encuentra excluida la libre determinación como un derecho colectivo de los pueblos indígenas, es posible generar mecanismos de colaboración entre

el Estado y los indígenas fundados en el principio que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo...” (artículo 7.1). Estos mecanismos de colaboración pueden ir desde el autogobierno a la coadministración.

Las ideas de coadministración de los recursos surgen habitualmente con la existencia y designación de “Parques Nacionales” o Áreas Silvestres Protegidas (ASP), como se denominan en Chile, administradas por los Estados, u oficinas públicas. Ya que en general, los Estados e instituciones como el Banco Mundial promueven reconocimientos de modo territorial a los indígenas con propósitos de conservación de la naturaleza, es decir se entrega a los indígenas el control de grandes extensiones de terreno a cambio de compromisos de conservar el ecosistema. Para Assies y Hoekema “este tipo de aproximación constituye una forma de paternalismo ecológico que se debe evitar...hacen que sean los pueblos indígenas lo que cargan con el peso de los problemas generados en otros lugares, los cuales, por lo tanto, deben resolverse también de otras maneras”<sup>133</sup>.

La idea de Parques Nacionales y Conservacionismo están fuertemente vinculadas entre sí y surgen en Norteamérica bajo ciertos paradigmas coloniales. En los parques nacionales, se entrega su administración a las “juntas de administración” en que

<sup>133</sup> Assies, Willem, Hoekema André, “La administración de recursos: entre autonomía y cogestión”, en Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema (editores), “El reto de la diversidad”, Michoacán, 1999, (p. 415-442); p. 431.

participan los indígenas, burocratizando el sistema de co gestión, alejando a los representantes indígenas de sus autoridades tradicionales y, en algunos casos a consolidar el poder de un funcionario público sobre el parque<sup>132</sup>.

En todo caso, cualquier modo de régimen de autonomía, también contempla un delincamiento y coordinación con los poderes que emanan de la soberanía estatal.

Se ha dicho que los regímenes autonómicos en la administración de recursos, surge sólo cuando por la intervención de terceros la distribución de los mismos deja de resolverse a nivel local, y se debe reclamar entonces, descentralización y delegación en la comunidad<sup>133</sup>.

Los gobiernos que efectúan ajustes estructurales pueden optar por transferir los derechos y responsabilidades de los recursos naturales a las comunidades totalmente autónomas, pero sin transferir nada más: ningún recurso económico; ningún crédito ni asesoramiento sobre comercialización; ningún apoyo técnico y ninguna legislación que los proteja contra los comerciantes locales, los terratenientes, los patrones madereros, las empresas multinacionales productoras de celulosa y papel, la industria petrolera o los agricultores comerciales. Si es así, la autonomía y la descentralización sólo son pura retó-

rica"<sup>136</sup>.

La idea de la participación de los indígenas en la administración de los recursos, se encuentra también presente en el artículo 8 j del Convenio sobre la diversidad biológica de 1992.

"Con arreglo a su legislación nacional, se respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente".

Esto ha sido cuestionado por los indígenas, en tanto reivindican para ellos el rol de únicos "guardianes de la tierra", toda vez que el conocimiento ecológico que poseen ha permitido la existencia de estos espacios vitales en que se desenvuelven la más rica diversidad biológica. Afirman a su vez, que la diversidad biológica es dependiente de la diversidad cultural, "la preservación de esta diversidad es por esto inseparable de la protección de nuestros derechos..."<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> Assies, et. al., op., cit.

<sup>133</sup> Buckles, Daniel (ed.) 2000. "Cultivar la paz. Conflicto y colaboración en el manejo de los recursos naturales". CIID, Ottawa 2000; p.32.

<sup>136</sup> Buckles, et. al., op. cit.; p. 34.

<sup>137</sup> Red Mundial de Pueblos Indígenas dedicada al tema de la Biodiversidad, 1993.

### 4.3. ¿SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS?

Actualmente en diversas actividades y contextos se difunde con mucha fuerza la posibilidad de que las personas resuelvan sus conflictos a través de la negociación, mediación o arbitraje, como una forma eficiente de obtener lo que pretenden y evitar contiendas permanentes (sean judiciales o de hecho), lo que se ha denominado solución alternativa de conflictos (SAC). Desde conflictos familiares hasta grandes controversias internacionales. En la conciliación, las partes recurren a un tercero para que intente reducir las tensiones que permitan acercarse a una salida consensuada; por el arbitraje se delega en un tercero imparcial la potestad de establecer una decisión vinculante para las partes; y la negociación, en cambio, "es un proceso voluntario en el cual las partes se reúnen cara a cara para llegar a una solución mutuamente aceptable de las cuestiones en conflicto"<sup>138</sup>. Los SAC, que tienen su origen en un proceso de transformación de la justicia acaecido durante los años 60' y 70' en Estados Unidos, tienen "elementos de modelos de solución de las disputas originados en sociedades tribales y los usó para promover un enfoque de la justicia pacífico, no coercitivo, basado en la comunidad"<sup>139</sup>.

En el caso de la negociación, existen diversos principios para enfrentar una ne-

gociación de manera adecuada, como aquel que propone concentrarse en los intereses y no en las posiciones<sup>140</sup>, en el entendido que detenerse en las últimas haría imposible arribar a un acuerdo sensato. Otros pueden preferir una estrategia más intuitiva, pero estas fórmulas funcionan en la medida en que se respeta la posición jurídica del otro, y su eficacia radica en el poder que ambas partes ejercen entre sí, en razón que uno posee algo que al otro le interesa; en suma, porque son interdependientes en el logro de sus objetivos.

En una negociación el objetivo es buscar el logro de un convenio óptimo, es decir mejor que lo que podría obtener fuera de ella<sup>141</sup>. La idea es que ambas partes logren sus mejores opciones, y que para ello se establezcan compromisos que se cumplirán en la medida en que a ambas partes les convenga. Por ello, un elemento fundamental de la negociación es la comunicación. Para una buena comunicación, han de aplicarse algunas pautas como el centrarse en la discusión sobre el problema y no en las personas, o propender a la igualdad entre las partes.

Entre nosotros, la solución de conflictos por una vía alternativa no ha sido considerado como un método eficiente, sino desde la década recién pasada<sup>142</sup>. En 1994, se introdujo modificaciones al Código de

<sup>138</sup> Fisher, et al., op. cit.

<sup>138</sup> Buckles, op. cit., p. 5

<sup>139</sup> Buckles, op. cit., p. 16

<sup>140</sup> Fisher, Ury, Patton "Sí de acuerdo. Como negociar sin ceder". Grupo editorial norma. Interés general. 2ª edición, 1993; p. 13.

<sup>141</sup> Valencia, Angel; Díaz, Alejandra. "El proyecto Centro de Resolución de Alternativa de Conflictos-CREA", en "Revista CREA, N° 1- Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2000. (p. 7-9); p. 7.

Procedimiento Civil, incorporando entre otras cosas, la obligación del juez de llamar a las partes a una conciliación, proponiendo las condiciones que esta podría revestir; todo ello durante el curso del juicio. En 1997, se dicta la ley de protección al consumidor (N° 19.496), que contempla la posibilidad de una conciliación ante el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), como una forma de evitar el conflicto judicial. También de 1994, la ley sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, regula "el rol del juez civil como conciliador en estos casos, como fase previa al juicio"<sup>143</sup>. Recientemente la reforma del sistema de enjuiciamiento penal ha incorporado alternativas previas al juicio oral: la suspensión condicional, el juicio abreviado, los acuerdos reparatorios, así como la aplicación del principio de oportunidad, en virtud del cual, el ministerio público está facultado para desechar la persecución de un hecho que reviste caracteres de delito.

Todas estas alternativas de solución se establecen en relación con un litigio judicial, ya sea con el objeto de terminarlo durante su tramitación o, bien siendo este inminente. Todos presuponen la relación entre dos partes conformadas por personas individuales o jurídicas de derecho privado, que esgrimen igual calidad de derechos, en general. Probablemente entre nosotros, la excepción a la negociación individual este dada por la negociación en materia sindical, regulada por ley desde 1931; que luego de la modificación de 1981, se debilitó en forma notable su capacidad negociadora.

Además comparten el ser estrictamente reguladas, en algunos casos con procedimientos bastante formales y rígidos, que dificultan la búsqueda de alternativas que puedan beneficiar a ambas partes.

Mientras La ley de bases del medio ambiente no contempla mecanismos de SAC, la ley indígena dispone la existencia de un abogado conciliador, que sin solemnidad alguna, actuará como conciliador para prevenir o terminar un juicio sobre tierras (artículo 55).

"Cabe señalar que el procedimiento de la conciliación, que opera con muy pocos recursos humanos (un abogado y un topógrafo), y materiales, es utilizado prioritariamente cuando existen conflicto entre indígenas. Cuando no hay acuerdo entre las partes, luego de concurrir a terreno, los casos se derivan a la Corporación de Asistencia Judicial para su atención"<sup>144</sup>

En la búsqueda por resolver los conflictos sobre aplicación y vigencia de los propios derechos, los pueblos indígenas han debido acudir a las posibilidades más creativas. Particularmente los pueblos indígenas de América del Norte han entendido que los SAC (soluciones alternativas de conflicto) se constituyen en una buena posibilidad para resguardar sus derechos y para evitar una forma de resolución de conflictos, por la cual puedan ser aún más perjudicados. Aun así, en ocasiones sus derechos se

<sup>143</sup> Aylwin, José, 2000, op. cit., p. 50.

<sup>144</sup> Barsh, Russel, Bastian, Krisma, 1997. "Negotiations eficaces por parte de los pueblos indígenas". OIT, Ginebra 1997, p. 38.

<sup>143</sup> Valencia, et. al., op. cit., p. 8.

han visto vulnerados producto de negociaciones con los gobiernos, o con particulares que aspiran explotar recursos naturales dentro de sus territorios<sup>17</sup>. De esta manera, sin perjuicio del avance que se ha experimentado a nivel internacional y comparado en relación con el reconocimiento de los derechos de los indígenas, estos enfrentan una serie de dificultades para encarar los conflictos con megaempresas y con el Estado por el manejo de los recursos y el control territorial, que no es más que una condición necesaria para su desarrollo.

Se puede señalar que dentro de estas dificultades (que ya han sido señaladas), las fundamentales las constituyen la desigualdad con su contraparte, que se manifiesta, tanto en los resultados de una negociación, como en la dificultad para lograr "que los interesados más poderosos participen en el análisis y alternativas del conflicto"<sup>18</sup>, y el carácter heterocultural de estos conflictos.

Si bien, la desigualdad en que se encuentra una de las partes puede ser enfrentada utilizando una serie de técnicas, como tener claro qué alternativas existen en caso de no negociar<sup>19</sup>, el utilizar la presión social, sus propias normas de legitimidad para argumentar, el exigir la utilización de metodología y lugar conocido para llevar adelante el proceso<sup>20</sup>, etc., estas técnicas son relativas.

"la consulta seria y la participación equitativa en los beneficios del desarrollo"

<sup>17</sup> Bueckles, et al., op. cit. p. 116

<sup>18</sup> Fisher, et. al, op. cit. p. 116

<sup>19</sup> Barsh, et. al, op. cit., p. 20

llo tienen que fundarse en la existencia de un marco reglamentario que las haga posibles, así como en la capacidad de los pueblos indígenas y tribales para negociar con el Estado o con el sector privado en condiciones justas y adecuadas. Esto depende a su vez de la existencia de organizaciones o de comunidades indígenas y organizaciones representativas, fuertes y técnicamente equipadas<sup>21,22</sup>.

En el caso de los conflictos interétnicos o heteroculturales, esto último adquiere una gran relevancia, pues probablemente, y aunque exista la voluntad de establecer una negociación se plantea el dilema de cómo establecer un diálogo con el "otro". Donde los aspectos fundamentales que determinan las salidas son distintamente considerados por las partes, incluso dichas concepciones son opuestas, como hemos visto.

#### 4.4. LOS CONFLICTOS ETNOAMBIENTALES COMO CONFLICTOS DE CONOCIMIENTO.

Las complejidades que plantea el proceso de globalización han provocado una crisis del Estado, en cuanto gestor de la mantención de los dispositivos de desigualdad y exclusión dentro de los márgenes

<sup>21</sup> Barsh, op. cit. p. 20.

<sup>22</sup> Santos, Boaventura de Souza, 1995, "A construcción multicultural da igualdade e da diferença". Ponencia presentada en el VII Congreso Brasileiro de Sociologia, realizado en el Instituto de Filosofia y Ciencias Sociais da Universidad Federal de Rio de Janeiro, del 6 de Septiembre de 1995.

sostenibles<sup>150</sup>. En efecto, la transnacionalización de la economía, el aumento del desempleo, la segmentación de los mercados de trabajo, el desenvolvimiento de la cultura de masas, la destrucción ecológica, plantean la imposibilidad de mantener el control de estos dispositivos, a través del manejo de los recursos de redistribución y de asimilación.

La redistribución ha operado entre nosotros (más bien en los países en que tiene vigencia el Estado benefactor) con el objeto de aminorar los efectos de desigualdad producidos por el capitalismo. El mecanismo de la asimilación, por su parte, ha sido utilizado en el sentido de ignorar las diferencias existentes con los excluidos del sistema, o en términos colectivos, con los pueblos colonizados. Entre nosotros se presenta como un instrumento que permite conformar una identidad nacional única (que omite por cierto la preexistencia de identidades indígenas) que da vida al Estado nacional; permitiendo mantener un grado de exclusión, sin que esto sea visto como una amenaza.

Esta asimilación se ha desarrollado en distintas perspectivas, tanto en la educación, como en el desconocimiento del propio idioma, la participación política, y las formas de control social (derecho estatal o positivo).

Actualmente, como señala Santos, el dispositivo de la exclusión consiste principalmente en la formación de una cultura hegemónica, producto de la globalización de la cultura<sup>151</sup>. Esto implica, desconocer el

valor de otros conocimientos distintos de los que aportan las ciencias modernas, aquellos que son producto de las identidades rivales de la cultural hegemónica.

Este proceso opera también en el ámbito de la regulación de las relaciones que se establecen con las cosas. De esta forma, se podría establecer que el paradigma de la forma como resolvemos el problema –que afecta a toda sociedad– de cómo distribuir los bienes escasos, está dado en la civilización judeocristiana por la noción de *propiedad privada*. Se ha aplicado esta fórmula indiscriminadamente a indígenas y no-indígenas, estableciendo algunos mecanismos de protección que recaen –en todo caso– bajo esta misma noción<sup>152</sup>.

En un contexto de capitalismo moderno, la biodiversidad y el conocimiento indígena se han transformado en “bienes rentables”. Esto es así, en tanto cuanto, cerca del 90% de la diversidad biológica que subsiste en el planeta, se encuentra en las regiones tropicales, subtropicales de África, Asia y Sudamérica<sup>153</sup>. Además, se calcula que el 80% de la población mundial, depende de conocimientos indígenas para satisfacer sus necesidades médicas.<sup>154</sup>

Bien, para resolver el tema de la dis

150 Es el caso de la ley indígena actual que establece una protección de las “tierras indígenas”; que no es más que la protección de la propiedad privada de los indígenas, a la que han accedido por “concesiones” del Estado. Y cuya protección corresponde al establecimiento de un mercado restringido y paralelo de tierras indígenas.

151 Santos, 1995; op. cit., p. 30.

152 Santos, 1995; op. cit., p. 30.

150 Santos, 1995; op. cit.

tribución y pertenencia de estos "bienes", se ha utilizado la noción de apropiación y disposición de ellos (propiedad privada). El *quién* es dueño de éstos, es una cuestión que se ha intentado resolver por la vía de acuerdos internacionales como el de Río en el 92' (Convenio de biodiversidad), donde se estableció la disputa entre los países desarrollados -influidos por las empresas transnacionales- que apoyaban la idea de que los recursos naturales y la diversidad biológica era patrimonio de toda la humanidad y por lo mismo cualquiera podía apropiarse de ella, y los Estados de los países tercermundistas, que apoyaban la idea de que ellos tenían soberanía sobre los recursos dentro de sus territorios nacionales<sup>157</sup>.

En el contexto local/nacional, esta regulación da pie para una fragmentación del hábitat de tal manera que los recursos naturales tienen distintas normas que se ocupan de la distribución y pertenencia de cada uno. Así existe un código de aguas, una legislación minera, una legislación forestal, una legislación sobre los recursos marinos del borde costero, etc. En todos ellos se establece la posibilidad de apropiación de di-

<sup>157</sup> Kuppé, René. 2000. "El Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica: Protección o amenaza para los guardianes de la tierra?". Documento presentado en el XII Congreso Internacional, Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal; "Desafíos del tercer milenio". África, Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000.

<sup>158</sup> Esto es así, ya que aun cuando la Constitución Política establece que el subsuelo pertenece en forma inalienable e imprescriptible al Estado, y el Código de aguas describe a estas como un bien nacional de uso público, a partir de la década del 80' se ha establecido un sistema de concesiones que privatiza su disposición, debilitando la pertenencia estatal.

chos bienes, su disponibilidad y rentabilidad<sup>158</sup>.

Se trata en definitiva de que desde una perspectiva racional, científico y legal, es posible distinguir diversos planos que, al menos desde el análisis, es posible separar en distintas dimensiones que no se superponen. Este argumento, supone también, que los fenómenos se pueden analizar y percibir separadamente de acuerdo a las distintas dimensiones que implica cada situación. Esto equivale al modelo de conocimiento reflexivo, conforme al cual el conocimiento es el resultado de la distancia entre el sujeto conocedor y el objeto por conocer, y al lenguaje como la única forma de representar de manera inteligible, la realidad caótica. La idea, dicho de otra manera, de que es posible -en el proceso cognitivo- separar el sujeto que conoce y el objeto del conocimiento, conformando lo que Brockman llama "la aplicación como forma de pensar"<sup>159</sup>.

Esta concepción de la relación con las cosas impone un sistema de protección determinado: si la facultad para disponer de una cosa (propiedad privada), otorga el poder total sobre ella (para usarla, venderla o hacerla desaparecer); su sustentabilidad implica una contradicción con la presencia humana<sup>160</sup>. De tal manera que la depreda-

<sup>159</sup> Brockman, Jui M. "Derecho y Antropología". Editorial Civitas, Madrid, España, 1993, pág. 42 y siguientes.

<sup>160</sup> Kuppé, René. 2000. "Derechos indígenas y protección del medio ambiente". Documento presentado en el XII Congreso Internacional, Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal; "Desafíos del tercer milenio". África, Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (p.13).

ción ecológica provocada por el sistema capitalista, se combate -dentro de él- por la vía del establecimiento de territorios no habitados, intocables. No es casualidad que el primer Parque Nacional se haya establecido en Estados Unidos.

Los pueblos indígenas han cuestionado que esta forma de relación se corresponde con una forma de vida propia de los indígenas. El hecho que la realidad se pueda fragmentar y la posibilidad de disponer absolutamente de las cosas, no parecen corresponder a la(s) cosmovisión(es) indígena(s). Así, la "vuelta de mano", el *mungako* el uso de los recursos de acuerdo a la necesidad, el equilibrio de los *nawen*, el respeto por los *ñgen*, parecen no ser equivalentes a la convicción que asiste al propietario de que puede disponer de una "cosa" y de enriquecerse con ella.

No obstante, tampoco es posible afirmar que existe un margen absoluto entre estos dos paradigmas; como si establecieran dos "sistemas" <sup>137</sup> de regulación del uso de los recursos. Santos <sup>138</sup> nos enseña en este sentido, que el derecho está compuesto de varios subcampos, que el derecho indígena constituye un subcampo, que además, la división entre los distintos subcampos es más bien porosa; es decir, existe una rela-

ción flexible entre ellas. La diferencia se encuentra establecida por la manera que se entrelazan los dispositivos del derecho: retórica, burocracia y violencia. <sup>139</sup>

Ahora bien, en general, parece ser que, aún cuando el discurso de los indígenas sostiene un tipo de relación con las cosas que se opone al sistema de apropiación, propio de la regulación capitalista; en la práctica los indígenas resuelven sus propios conflictos, en lo que se refiere a la regulación sobre el uso y disposición de los recursos naturales, en un especie de escenario colectivo -*forum jurídico en los términos de Orellana*-; es decir, "un foro en que los actores parlamentan y a través de la argumentación tópico retórica van construyendo no sólo la decisión o la sanción sino, inicialmente, el objeto mismo del conflicto" <sup>140</sup>.

Que si bien, es posible observar en los conflictos que hemos analizado la pre-

---

forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza del uso de la fuerza". La *retórica* finalmente, "es una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión y el poder argumentativo". Mientras en las formas de regulación indígena predomina la voluntariedad, la decisión de la asamblea; en los derechos estatales, prima la institucionalización o burocracia. Assies, Willem, 2000. "La oficialización de lo no oficial. Un encuentro de dos mundos". Texto preparado para el Curso Post-Graduado, "Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio", 18-22 de Marzo, 2000. Arica, Chile. (p. 16); p. 7.

<sup>137</sup> Sistema, en un sentido weberiano.

<sup>138</sup> Santos, Boaventura de Souza, "Estado, derecho y luchas sociales", Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia, 1991.

<sup>139</sup> Donde la *violencia* "es una forma de comunicación o una estrategia de toma de decisiones de un orden autoritario que depende de la movilización del efecto demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos" la *violencia* en cambio, "es una

<sup>140</sup> Orellana, René, 2001, "Derecho, ¿qué eres? ¿dónde estás?", Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies, (p. 40); 33.

sencia de varios discursos entre los indígenas, que los hacen llegar a estar a favor o en contra de los proyectos, a aceptar y comprender los discursos de la autoridad estatal o la empresa; no se aprecia la existencia de este foro colectivo en este tipo de conflictos interétnicos, en los cuales se planteen y se debata acerca de los distintos discursos. Más bien se aprecia un escenario de mera imposición unilateral.

Decimos entonces, que si bien existen paradigmas distintos (y opuestos) de acuerdo a los cuales occidentales e indígenas determinamos un control específico sobre los recursos naturales; la relación entre uno y otro tipo de control es bastante más compleja que la oposición de dos "sistemas", que se oponen y no reconocen puntos de encuentro. De tal manera, que en la práctica no es posible afirmar que los indígenas hoy renieguen de la propiedad privada en todo tiempo y en todo lugar (o de los usos o efectos que se derivan de ella). Por otra parte, en cambio, afirmamos que las formas de distribución, tenencia y administración de los recursos que los indígenas utilizan y han utilizado no han sido reconocidas por el discurso estatal.

#### 4.5. ¿HACIA DONDE VAN LOS CONFLICTOS ETNOAMBIENTALES?

Luego del análisis de casos de experiencias negativas en el ámbito de lo que hemos denominado conflictos etnoambientales (por no encontrar otra denominación más apropiada), y de la complejidad que éstos presentan, más allá de los que aparentan, nuestro escenario no es muy

alentador. Pero al menos, debemos intentar aclarar algunos puntos para saber hacia donde avanzamos.

En primer sentido, es necesario señalar que si bien actualmente, los conflictos del tipo que hemos analizado, acarrearán una serie de consecuencias negativas para indígenas y también para quienes no lo somos, no desdeñamos de ellos, no anhelamos la solución perfecta que satisfaga los intereses de los actores. La solución de un conflicto no es necesariamente algo deseable en una sociedad democrática.

"Los conflictos sólo se resuelven por completo cuando se eliminan las fuentes subyacentes de tensión entre las partes, situación que puede ser la antítesis de la vida social. Para aquellos que ven el conflicto como una característica normal y en potencia positiva de las sociedades humanas, el conflicto no debe ser eliminado totalmente mediante la 'solución' sino, más bien, 'manejado' de tal modo que no conduzca a la violencia sino que pueda lograr un cambio. Brown (1983, p.9, citado en Driscoll 1993, p. 8) llega a sugerir que 'el manejo del conflicto puede requerir una intervención para reducir el conflicto cuando éste es excesivo, o una intervención para promover el conflicto cuando este es demasiado pequeño'"<sup>63</sup>.

Por lo anterior, la pregunta no es cómo resolvemos los conflictos ambientales, sino, cómo los podemos manejar, de tal forma que se logre encauzar algún cambio que coloque a los indígenas en circunstan-

<sup>63</sup> Buckles, 2000; op. cit.; p. 5.

cias de influir o decidir sobre el manejo de recursos en sus espacios territoriales, regulando al mismo tiempo los niveles de violencia que pueden alcanzar estas disputas, que generalmente incorporan altos niveles emocionales.

Nos hemos detenido fundamentalmente en los discursos asumidos por los actores, por cuanto -siguiendo a Santos- entendemos que allí se encuentran los elementos jurídicos del conflicto<sup>11</sup>. A través del análisis de ellos, se pueden establecer algunas claves de estas contiendas. Por ejemplo, se observa a primera vista una incongruencia entre los distintos argumentos esgrimidos, básicamente entre los discursos del Estado y las empresas, versus los argumentos expuestos por los indígenas que se opusieron a los proyectos. Se aprecia, en efecto, que existe un verdadero "diálogo de sordos", dónde los argumentos son absolutamente distintos basados en supuestos distintos y en fundamentos propios de sociedades distintas. Se distinguen también, que un mismo actor: comunidades indígenas afectadas, pueden sostener posiciones y argumentos diferentes. Que aún cuando se sostiene que esas opiniones son inducidas<sup>12</sup>,

han sido en suma planteadas, y son parte del debate.

Esta forma de abordar el conflicto nos lleva necesariamente a excluir los SAC para este tipo de conflictos; pues estos exigen dejar fuera de la discusión las posiciones, es decir, los planteamientos de fondo o de valor, de manera de que para que la resolución sea eficaz deben abordarse las cuestiones prácticas más inmediatas.

Esto no significa que nuestra realidad no nos exija presentar modelos creativos para enfrentar los conflictos que se desarrollan entre nosotros. En que lo que se discute tiene que ver más con un nuevo "rayado de cancha", un nuevo marco en que se deben dar las relaciones conflictivas y su manejo.

Resulta relevante, en definitiva, con el objeto de desvirtuar el paradigma del conocimiento caos orden conocer la manera en que los indígenas establecen el manejo de los recursos, ya sea que derive del paradigma propio, o la manera en la que disponen de ella utilizando el paradigma occidental. Todo ello, con el objeto de dar cuenta de las diversas maneras que existen para regular el manejo de los recursos, que repudie a uno homogenerante y excluyente como la propiedad privada. Que además, un análisis como este, pueda dar cuerpo y desarrollo al concepto más amplio consagrado en el Convenio 169 de la OIT: El Territorio.

Junto a ello se hace necesario construir un "foro jurídico", una instancia, donde sean reconocidos y se puedan esgrimir como discursos validantes aquellos que los indígenas ocupan para resolver sus propios conflictos.

<sup>11</sup> En efecto, Boaventura de Souza Santos ha desarrollado una teoría crítica del derecho, según la cual entiende al derecho como un "conjunto de procesos regularizados y de principios normativos, considerados justiciables en determinado grupo, que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para la resolución de estos a través de un discurso argumentativo, de variable amplitud, apoyado o no en la fuerza organizada".

<sup>12</sup> Véase el libro de Domingo Namuncura, "Raleo, represión o pobreza?", algunas de las cuales han sido recogidas en este estudio.

## BIBLIOGRAFÍA.

1. Aylwin, José. "Materializaciones y conflictos: Aplicación de la Ley Indígena en el Territorio Mapuche (1994-1997)". Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, 2000. (p. 102).
2. Assies, Willem; Hoekema André. "La administración de recursos: entre autonomía y co-gestión"; en Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema (editores). "El reto de la diversidad". Michoacan, 1999. (p. 415-442).
3. Assies, Willem. "La situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el contexto latinoamericano". Seminario-Taller "Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio" organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, Sta Cruz Buena Vista, 10 al 13 de Julio del 2000, sin publicar. (p. 36)
4. Assies, Willem. 2000. "La oficialización de lo no oficial, re-encuentro de dos mundos.". Texto preparado para el Curso Post Congreso. "Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio". 18-22 de Marzo, 2000. Arica, Chile. (p. 16).
5. Barsh, Russel, Bastian, Krisma. 1997. "Negociaciones eficaces por parte de los pueblos indígenas". OIT, Ginebra 1997.
6. Bengoa, José. "Historia del Pueblo Mapuche". Sur ediciones, Santiago 1996. (p. 426).
7. Broekman, Jan M. "Derecho y Antropología". Editorial Cívitas, Madrid, España, 1993.
8. Buckles, Daniel (ed.). 2000. "Cultivar la paz. Conflicto y colaboración en el manejo de los recursos naturales". CILD, Ottawa 2000.
9. Calfucura, Jorge. "El proceso legal de abolición de la propiedad colectiva: el caso mapuche" : en [www.soc.unu.se/mapuche](http://www.soc.unu.se/mapuche), 1998; p. 4.
10. Castillo, Marcelo. "Análisis crítico del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N.º 19.300". Editorial Red Nacional Ecológica (Renace), Santiago, 1998 (p. 99).
11. CEDM Liwen y Marimán, José. "Pueblo Mapuche: Estado y Autonomía Regional". Centro Estudios y Documentación Mapuche Liwen y Fundación para el progreso humano, Santiago, 1990 (p. 31)
12. Consejo de todas las Tierras. "El Pueblo Mapuche, su territorio y sus derechos". Consejo de Todas las Tierras, Temuco, 1997. (p. 112).
13. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). "Observaciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la Empresa Nacional de Electricidad S.A.". Temuco, 1996. (p. 19).
14. Decreto Supremo N.º 31 de fecha 18 de Enero de 2000 Downing, Theodore. Informe: "Evaluación Interna de la Fundación Pelmen". 1996.
15. Diario Austral de Temuco, de fecha

5 de Septiembre de 2000.

16. Diario El Mercurio de Santiago de 21 de Marzo de 2000.

17. Diario La Tercera de 19 de Febrero de 2000.

18. Díaz Polanco, Héctor. "Los dilemas de la diversidad", en: Milka Castro (ed.) "Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal. Santiago, 2000. (p. 1009-1020).

19. Dworkin, Ronald. "Es el derecho un sistema de normas", en Dworkin, R. comp. La Filosofía del derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1980. (p. 75-127).

20. Flores, Jaime. "De la legitimidad de Futa Chao y de la usurpación de los winka", en Roberto Morales, compilador. Ralco: modernidad o etnocidio en territorio pewenche. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Temuco, 1998. (p.55-76).

21. Fisher, Ury, Patton. "Sí...de acuerdo. Como negociar sin ceder". Grupo editorial norma. Interés general. 2ª edición, 1993.

22. Gómez, Magdalena. "Derecho Indígena y Constitucionalidad", en en: Milka Castro (ed.) "Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal. Santiago, 2000. (p. 1029-1050).

23. Henríquez, Jeannete y Pichinao, Ximena. "Conflicto territorial del By pass: repercusiones a nivel del comportamiento y el orden de la vida cultural mapuche", en revista Liwen, N° 5. Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1999, (p. 79-98).

24. Hoekema, André. "Algunas reflexiones sobre modernidad y derecho hoy. O como instituir un pluralismo legal". Facultad de derecho. Universidad de Amsterdam. Países Bajos, 1994. (p. 23).

25. Instituto de Estudios Indígenas. Estudio de Impacto Ambiental. Anexo N°6. Proyecto By Pass de Temuco IX Región. Sistema socioeconómicos de las comunidades indígenas: Área de influencia del proyecto". (p. 130).

26. Johnston, Barbara; Turner, Terence. "Los pehuenche, el grupo Banco Mundial y Endesa: violaciones de derechos humanos en los proyectos de las represas Pangue y Ralco en el río Bio-Bio, Chile. Informe del Comité de Derechos Humanos Asociación Americana de Antropología". Marzo de 1998. (p. 34).

27. Kuppé, René. 2000. "El Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica: Protección o amenaza para los guardianes de la tierra?". Documento presentado en el XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: "Desafíos del tercer milenio". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000.

28. Kuppe, Rene. 2000. "Derechos indígenas y protección del medio ambiente".

- Documento presentado en el XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: "Desafíos del tercer milenio". Arica. Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal. 2000. (p.13)
29. Lillo, Rodrigo. "Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho", en: Milka Castro (ed.) "Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio". Arica; Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (744-753).
30. López, Jaime. "Las Tierras Indígenas en la Ley 19.253", en: Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche, volumen especial de la revista CUIISO, del Centro de estudios Socioculturales de la Universidad Católica de Temuco, Temuco, 1999 (p. 8-39).
31. Marimán, Pablo. *Tierra y legislación indígena: una mirada desde el programa del movimiento mapuche (1910-1970)*, en: Liwen N.º 4, Anuario del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Santiago, 1997 (p. 13-171).
32. Marimán, Pablo. "Gobierno y territorio en el País Mapuche". En: revista Kull Kull, N.º 2, Proyecto de desarrollo autogestionario mapuche, Temuco, 2001.
33. Ministerio de Obras Públicas. "By Pass de Temuco- Proceso. Criterios y Estrategias para su diseño e implementación", Documento obtenido del Ministerio, sin fecha, inédito. (p. 18); p. 1.
34. Ministerio de Obras Públicas. "Especial By pass". Sin fecha. (p. 8).
35. Ministerio de Obras Públicas. "Principios y criterios para el diseño de proyectos en territorios indígenas. (El caso del By-pass de Temuco)". Documento sin fecha. (p. 7).
36. Molina, Raúl, Correa, Martín. "Territorio y comunidades Pehuenches del Alto Bio Bio". Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Santiago, 1996. (p. 225).
37. Molina, Raúl: "Descripción de las comunidades pehuenche del Queuco y el Alto Bio Bio", en: Roberto Morales, compilador Raleco: modernidad o etnocidio en territorio pehuenche. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 1998. (p. 77-110).
38. Moraga, Jorge. "Aguas Turbias. La Central Hidroeléctrica Raleco en el Alto Bio Bio". Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, Santiago, 2001. (p. 111).
39. Morales, Roberto. "Una visión crítica a la modernidad impuesta a los pehuenche del Alto Bio Bio", en: Roberto Morales, compilador Raleco: modernidad o etnocidio en territorio pehuenche. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 1998. (p. 253-272).
40. Nagul, Víctor. "Conflictos en el territorio mapuche: Intereses, derechos y soluciones políticas en juego", en: revista Liwen N.º 5 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, 1999.

(p. 11-42).

41. Namuncura, Domingo. "Ralco: ¿represa o pobreza?". LOM ediciones. Santiago, 1999. (p. 33-4).

42. Orellana, René. 2001. "Derecho. ¿qué eres? ¿dónde estás?". Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies.(p. 40).

43. Precht Pizarro, Jorge. "Constitucionalidad del estatuto jurídico de CONADI en referencia a los artículos 19 N° 21, 23 y 24 de la Constitución Política de Chile. 1997.

44. Quidel, Javier. "Reflexiones sobre el ordenamiento y autoregulación o sistema jurídico mapuche", en este número.

45. Quidel, José y Jineo, Fernando. "Las raíces para nuestro cultivo", en Caro, Aracely; Durán, Teresa y Tereucán, Julio, ed. Estilos de desarrollo en América Latina. Universidad Católica de Temuco, Universidad de la Frontera. Temuco, 1999. (p.147-158).

46. Quidel, José. "Conflicto By pass: un ejemplo de relación contemporánea entre el Estado chileno y el Pueblo Mapuche", en Actas del Tercer Congreso chileno de Antropología". Temuco, 1999.

47. Red Mundial de Pueblos Indígenas dedicada al tema de la Biodiversidad, 1993.

48. Relmuan, María Angélica. "El proyecto de la central hidroeléctrica Ralco en Alto Bio Bio: La visión de las comunidades", en Roberto Morales, compilador. Ralco: modernidad o etnocidio en territorio pewenche. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Temuco, 1998. (p. 193-230); p. 195.

49. Resolución exenta N° 10 de CONAMA de fecha 06 de Junio de 1997. (p. 63).

50. Sabatini, Sepúlveda, Blanco. "Participación Ciudadana para enfrentar conflictos ambientales. Desafíos para el sistema de evaluación de impacto ambiental". SIPMA, Santiago. 2000.

51. Salamanca, María del Rosario. "Marco jurídico para un proyecto de obras públicas en tierras indígenas". Informe final del curso de Tesis, Escuela de derecho. Universidad Católica de Temuco. Temuco, 1998.

52. Salamanca Huenchullán, María. 1999, "El límite a la protección de tierras indígenas de la ley N° 19.253", en Volumen especial: Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche, revista CÚHSO del Centro de Estudios Socioculturales de la Universidad Católica de Temuco. páginas 49 a 66.

53. Sánchez, Esther. "Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1998. (p. 345).

54. Santos, Boaventura de Souza. "Estado, derecho y luchas sociales". Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, Colombia, 1991.

55. Santos, Boaventura de Souza. 1995.

"*A construção multicultural da igualdade e da diferença*". Ponencia presentada en el VII Congreso Brasileiro de Sociologia, realizado en el Instituto de Filosofia y Ciencias Sociales de la Universidad Federal de Río de Janeiro, 4 al 6 de Septiembre de 1995.

56. Toledo, Víctor. "*Si señor Intendente Zúñiga, siete pehuenches si pueden detener la Central Ralco*", documento inédito. Agosto de 1998.

57. Universidad ARCIS, de Artes y Ciencias Sociales. Departamento de Derechos Humanos y Estudios Indígenas. "*El Proyecto Ralco de ENDESA en Chile: Un caso de genocidio*". Santiago, 2000. (p. 87).

58. Valencia, Angel; Díaz, Alejandra. "*El proyecto Centro de Resolución de Alternativa de Conflictos- CREA*", en "Revista CREA. N° 1: Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2000 (p. 7-9).

# «TODAS LAS SOCIEDADES TIENEN CIERTAS NORMAS, Y EN EL CASO DEL PUEBLO MAPUCHE, ESTAS NORMAS EXIGEN CIERTO COMPORTAMIENTO FRENTE A TODOS LOS ELEMENTOS DE LA NATURALEZA».

Entrevista al Machi Víctor Caniullan<sup>1</sup>.  
(Rodrigo Lillo V. – Sofía Libedinsky V.)



**Podría usted contarnos ¿cual es su rol como machi dentro de la sociedad mapuche?, y ¿cuáles son sus funciones?**

Yo creo que hoy día el rol es bien amplio. Los machi enfrentamos distintos roles y por eso estamos insertos en la comunidad participando en todo lo que tiene que ver con distintas reuniones y el desarrollo. Siempre estamos participando como un miembro más de la comunidad. Después lo otro es cuando hay ceremonias como el gijatun. En ese momento cumplimos el rol de machi y ponemos todas las condiciones de la ceremonia que se va a realizar. Por el otro lado esta el tema de la salud que no es solamente al interior de la comunidad. Muchos miembros de la comunidad buscan machi en lugares lejanos, y por eso también estoy constantemente saliendo a hacer remedio, ceremonias y visitando enfermos en otras comunidades. Este es el rol más amplio que tiene un machi. Siempre ha sido así. Al otro lado, la gente consulta a los machi por distintos problemas. Hay problemas entre las familias, vecinos, organizaciones, y siempre trato de dar una orientación, como se podría solucionar o salir de esos problemas. Es un rol bastante amplio y com-

plejo. Lo fundamental es saber escuchar a las personas.

**Entonces, ¿se podría decir que los machi hoy tienen diversas actividades y deberes?**

Siempre ha sido así, aunque antes era más natural, mucho más natural de cumplir esa función. En cambio hoy día por la mezcla de culturas y la pérdida de la identidad de nuestra gente Mapuche se ve como un rol más específico.

Ahora por ejemplo en la parte religiosa en el tema del gijatun los machi siempre cumplimos la función de realizar, hacer y dirigir las ceremonias. En el ámbito de salud, siempre tenemos relación con la enfermedad, el enfermo, la familia del enfermo y con la comunidad; porque es el püjü (espíritu) del machi, que se esta transmitiendo hace siglos y que nos da este rol tan amplio. Ahora como persona también hay dos funciones: la primera es la función de actuar como machi y la segunda de ser persona, yo como Víctor. Son dos cuestiones un poco distintas. Hoy día por ejemplo en las reuniones de la comunidad y en otros lugares, muchas veces la gente ve mi participación como la del machi. Unos años atrás al interior de nuestra cultura estaba muy bien marcado, cuando a uno le pedían que fuera

<sup>1</sup> El mapuzugun ha sido escrito en el grafemario "Rígileo Modificado".



El problema es que hoy en día muchas veces se nombra a un logko o un werken, sin mirar bien la capacidad que tiene para conducir o no conducir. En cambio los machi somos personas que estamos elegidos por el püjü. Nadie desea ser machi, nadie desea ser genpiñ, pero uno va adquiriendo la capacidad, (pero no el control) de la comunicación con todos los elementos de la naturaleza.

Ahora, creo -no sé si entra en el marco de la justicia- que cada elemento de la naturaleza tiene un püjü y un newen (fuerza). Creo que todas las sociedades tienen ciertas normas y en el caso del pueblo Mapuche, estas normas exigen cierto comportamiento frente a todos los elementos de la naturaleza. Es el püjü, la fuerza de algún elemento, que de alguna manera te hace enfermar o te provoca algún tipo de, no sé si decir daño o mejor, percance, para que tú no te puedas quizás desarrollar o que tengas algún problema. Por ejemplo, hay un caso que salió en los diarios que es el caso de Fin Fin. Creo que ustedes lo ubican ¿no?

No.

Era un muchacho, tenía 20 años, se acercó a un *menoko* (pantano), empezó a jugar, y en ese *menoko* había un pájaro. Es muy interesante este caso, porque al final lo llevaron al hospital y jamás se pudo recuperar, quedó en un estado vegetal.

Entonces, por ejemplo, en este caso, él atentó contra el *gen* (dueño) de ese *menoko*. El *gen* parece que era un pájaro, no me acuerdo bien del caso. Atentó contra este y finalmente él le persiguió. Hay una cuestión de fuerza que le provocó esa en-

fermedad profunda. Entonces, si ese fuera un caso por ejemplo de justicia, uno según la religiosidad podría decir que este peñi tiene que pagar este daño de no haber respetado el *gen*. El pago se realiza haciéndose una ceremonia, un *gijatümma*. Hay distintos tipos de ceremonias y además tendría que pagar animales o aves. El espíritu del machi le va diciendo lo que tiene que hacer y lo que hay que pagar a ese *püjü mapu*. Al mismo momento es una forma de recuperarse. Eso está dentro de la categoría del *mapu kuyun* (enfermedad provocada por la tierra)

**Este tipo de desequilibrio se provoca por una relación inadecuada con la naturaleza. Pero, ¿se produce desequilibrio por causa del modo de relación que se establece en el ámbito social?. Es decir, ¿se puede producir un desequilibrio por actuaciones de una persona con otra persona, ya sea de la comunidad, o no?: ¿como producto del robo por ejemplo, o por provocar la muerte a alguien de la familia?. ¿Estaríamos en esta idea de desequilibrio en ese caso?, o son dos cuestiones diferentes?**

Diferentes. Porque cada elemento de la naturaleza tiene su propio *newen* tiene su propio *püjü*. El ser humano como *Che*, en el momento que nace recién tiene espíritu y pasa a ser persona a ser gente, *Che*. A través del desarrollo de la persona, como va creciendo, vamos a saber si realmente es considerada persona al interior de la sociedad mapuche. Es decir, los niños no se consideran personas, por que solamente están en la etapa de recepción. En el momento de que estas personas tienen la capacidad de procesar y darse cuenta lo que reciben, recién

entran en calidad de *che*. Se sabe que va a tener esas características, este tipo de actitudes, va a ser de esta forma y sigue desarrollándose de esta manera. Eso se sabe más o menos a la edad entre 12 y 14 años para arriba. Si sale de este margen, puede producir el desequilibrio en la familia y en la comunidad. Es muy complejo y amplio este tema.

Volviendo al caso del *menoko*, se puede decir que el *menoko* llamó la atención al joven que supuestamente conoce nuestras normas. Por eso le provocó la enfermedad. Ahora lo que uno hace como machi, es tratar de descubrir quién es la persona, descubrir quién realmente está cometiendo errores, con que cometió el error y si fue contra animales o contra partes de la naturaleza. Finalmente es una parte de nuestra religiosidad y cultura. Está pensada o va actuando, dando a conocer todos los problemas y eso es justamente el tema del desequilibrio.

**Y usted decía también, que una de las funciones del machi era intentar tratar de subsanar conflictos entre personas o entre comunidades también, problemas que se producen o entre familias, ayudar, aconsejar un poco. Ahora cómo se desarrolla eso, ¿la gente le pide consejo al machi?**

Bueno, la gente acude al machi a pedir el servicio del machi. Muchas veces dice: "Vengo por los problemas que he tenido, por los ñijif que tenemos hace largo tiempo en mi familia, realmente no estoy tranquilo, estoy incomodo, no se que hacer". Entonces en ese momento uno dice: "tráe-

me la orina o la ropa, veamos cual es el problema". Y de esa forma uno recién comienza a meterse en el problema y ve de que forma se puede buscar una buena solución. Casi siempre las buenas soluciones se encuentran a través de *nixam*(conversación) o *gübam* (consejo). La conversación sobre el problema es fundamental para tratar de solucionarlo. A veces hay que pagar en forma de animales y animales menores a los gen para solucionar un problema.

**¿Así se resuelven los problemas? ¿Existe algo como pena o sanción distinta del pago, dentro de la comunidad?**

Bueno, una de las penas más grandes es que todo este problema que tu provocaste se provoque en ti, que tu sientas ese problema. Es como la pena máxima dentro de la religiosidad, pero tiene que darse todo un proceso. En el ámbito de la comunidad, todos los miembros del lof pueden rechazar y aislar a la persona que cometió un error o delito. En algunos casos extremos puede llegar hasta la expulsión de la persona de su lof. En estos casos pierde su calidad de *che* (persona)

**Entonces, ¿es más importante restablecer la armonía?**

Exacto. Cuando la persona que provocó el problema reaparece se puede buscar una forma de reintegrarlo a la vida comunitaria. Ahí recién pasaría a ocupar nuevamente su rol de *che*.

**¿Eso a nivel individual?**

Si, a nivel individual se puede lograr esto dependiendo del *gübam* (consejo) que haya recibido, para así hacer el *günciwam*

(recapacitar) según las normas nuestras.

¿Y dentro de las comunidades, usted cree que se mantiene esta visión de recuperar la armonía cuando hay conflictos?

A nivel de la comunidad sigue existiendo el concepto de la armonía. Todos necesitamos estar bien. Pero a veces surgen problemas provocados por persona. Al detectar los problemas se puede buscar formas de solucionarlos. Y eso puede ser a través del *logko*, del Machi o de otra persona sabia de la comunidad. Ellos ayudan a recibir, aceptar y superar cualquier conflicto que existiera.

**Pero, en un caso así, ¿se mantiene dentro de la comunidad o acude a la justicia estatal?**

Si, lamentablemente la gente ha ido perdiendo la lealtad y el compromiso entre personas o con la misma comunidad. Recurren a los Carabineros, a la justicia como nos ha mostrado la historia reciente en el caso de las subdivisiones de tierras. Se perdió el compartir el espacio comunitario y de a poco fuimos adquiriendo una mentalidad individualista. De ahí surgen los conflictos de tierras, de cercos, de animales que se pasan a los sembrados de vecinos, etc.

**¿El *logko* antes tenía un papel importante, en este tipo de conflictos?**

El *Logko* cumplió y sigue cumpliendo en muchas comunidades un papel importante. Por ejemplo: si hay mucho disgusto en una pareja, se hace un *vapiñichen* donde se juntan todos los miembros de la comunidad y

se empieza a conversar porque tienen conflictos conyugales. Es el momento en que se ve que podría ser la solución, si es la separación, esperar un tiempo o que uno de los dos se vaya a vivir a la casa de un familiar por un tiempo. Se mide los cambios que tienen que producir las dos personas que están con problemas.

**¿De qué depende que la instancia sea la comunidad o que sea el *logko*, el que vaya a resolver o pronunciarse sobre un conflicto determinado?**

Cuando es la familia muy directa del *logko*, comúnmente él interviene personalmente, pero cuando es un problema de una familia lejana del *logko*, necesariamente tiene que juntarse dicha familia y toda la comunidad. El *logko* cumple el rol del interlocutor y ahí se ve en conjunto como se puede solucionar el problema.

**Y, ¿Cómo se hacía? El *logko*, ¿cómo lo graba que las partes hablaran, qué dijeran su versión de los hechos? ¿Cómo es el procedimiento?**

El *logko* era la persona que era informada de todos los hechos.

**¿Pero, se le informaba por medio de quien?**

Por la persona que sufrió el hecho, el denunciante. El *logko* por ejemplo dice: "Vamos a ver si podemos solucionar el problema entre nosotros". Entonces en primera instancia conversan el *logko*, el denunciante y el denunciado y ven si pueden solucionar su conflicto. Si eso no es posible, es necesario que se junte toda la comunidad.

### ¿Primero veían entre las partes, y si no resultaba, se recurría a un tercero?

Es lo que le decía al principio: depende también del grado y el parentesco que tiene la familia con el *logko*. Si una persona no se comporta como *Che*, es necesario hacer un historial de su familia y descubrir el origen de la familia, porque finalmente la persona se desarrolla según ese origen, sus habilidades, sus características, su forma de ser, su forma de moverse, todo. Al interior de la cultura y de la naturaleza misma, por ejemplo los zorros tienen la habilidad de ladrones. Y depende incluso de eso, si en el caso de un robo el castigo es menor, ya que la persona le cuesta mucho no tomar lo ajeno.

### ¿Por eso dicen qué es su naturaleza?

Exactamente, por eso es muy necesario buscar el origen. Si esta persona no se comporta como *Che*, se le da a conocer como era su familia, si era una familia derecha, noble, respetada, qué características tenían. Entonces es una forma de ayudarlo a recapacitar para que vuelva a entrar en camino. Al mismo tiempo se llega a un acuerdo también de que se va a hacer con esta persona. Hay personas que son *wezache*, que son "peleadores" y sienten la necesidad de pelear. Pero también se busca cual es el origen de esta persona, su *kijpalme*. Entonces se ve que esta familia siempre ha sido así, por más que le digamos y le aconsejamos que debe hacer, jamás llegará a ser un *Norche* o *Kimche*.

### Y, en ese caso ¿Qué?

En ese caso de que hubiera castigo a esa persona, la comunidad empieza a cui-

darse de esa persona. También hay una marginación porque uno no puede servir para todo, sino para algunas cosas no más. Entonces, se busca el lado positivo que pueda tener esta persona y se comienza a integrarla de esa manera, pero hasta cierto límite. Por ejemplo: un *Kevatuchefe* es una persona peleadora y la solución es de no discutir con él, dejarlo y marginarlo parcialmente y al mismo tiempo incentivarlo que colabore, por ejemplo, buscando remedio para un enfermo de la comunidad, haciendo algunos trabajos, etc. Entonces también sigue siendo parte de la comunidad. Es el proceso de rehabilitación en que ayuda la comunidad.

Por eso aquí todo el mundo se conoce, en las comunidades todos nos conocemos, *Femgechi chegen*. Cuando alguien te dice: "¡Déjalo no más!", porque así es su origen, su descendencia, su forma de ser, su actitud". Se tolera y acepta la persona como es. Porque la naturaleza misma, como el espíritu de nosotros, de cada mapuche proviene de distintos elementos de la naturaleza. La naturaleza es así por ejemplo: el zorro es muy pícaro pero no es rico, roba para comer. En cambio el león busca como puede adquirir más bienes, no importa de que forma. Pero al mismo tiempo comienza a distribuir sus bienes a los animales menores lo que es muy impresionante. Eso es un poco el control social que las comunidades siempre mantenían. El individualismo hoy en día provoca que la gente comparte muy poco. Ya no hay tantas visitas entre familiares, la gente está más preocupada de sus propias cosas y de sus problemas porque la otra sociedad nos impone otra forma. La vida está mucho más individualista y acelerada. Al

andar más acelerado, vivimos en desequilibrio porque no tenemos tiempo para hacer *günezwam*, no queda el tiempo para pensar realmente lo que estamos haciendo o si lo que hacemos es bueno o malo. Es un problema muy grave que me preocupa mucho.

**¿En qué otro aspecto está operando la institucionalidad mapuche?**

Bueno, otro aspecto en que opera la institucionalidad nuestra es en el *Mafñin* que consiste en la ceremonia de casamiento Mapuche que se practica todavía en algunos *lof*, pero que se ha ido perdiendo en gran parte.

La familia es testigo de todo, saben como y en que momento se conoció la pareja. Los padres o un tío o tía presentan a su hijo, el novio o la hija, la novia a toda la comunidad, aunque desde antes se conocían o eran vecinos. Ellos comienzan a presentar los novios a través del concepto de *Amulzuguluwün*. Se dice todo lo positivo y negativo de ambos. En un tiempo determinado los dos deben aprender lo que no saben y superar lo negativo. Por ejemplo: si la mujer no sabe cocinar, se hace la presentación y se encarga exclusivamente a la suegra o las tías del muchacho, que le enseñen a preparar comida.

Yo estuve hace unos años participando en un casamiento mapuche. No conocí bien a la familia de la niña, porque fui por el lado del novio. Pero allá nos presentaron a toda la familia. En caso de que este matrimonio llegara a tener problemas, tendríamos que juntarnos todos de nuevo para ver como solucionar el problema. Tendríamos que ver todo lo que se dijo esa vez, si se fue cum-

pliendo el compromiso o no y donde está el problema. Entonces se reasume el compromiso de nuevo en caso si hay posibilidad de aclaratorio.

Y el otro caso es cuando se muere una persona o un familiar. Se realiza el entierro y después toda la comunidad se junta en la casa del difunto. En este momento se decide como se va a distribuir el poco y nada de riquezas que tenía la persona, la tierra, de todo, hasta la loza. Entonces toda la comunidad es testigo de que esa familia resolvió sus problemas de herencia. Esa práctica sirve mucho y es muy válida.

**¿Y se ha dado el caso de que algún heredero no quede satisfecho y pida otra cosa?**

Si, se ha dado el caso.

**¿Y eso genera un conflicto al interior de la comunidad?**

Claro, muchas veces son varios hermanos y de repente hay uno que empieza a no querer cumplir con los acuerdos tomados en la comunidad y comienza a buscar solución por otra vía, lo que es a través de la justicia chilena.

**¿Qué pasa con ese caso que hay una doble sentencia una de la comunidad y la otra por fuera?**

Es un problema terrible, porque en primer lugar se divide la familia, y en segundo lugar jamás se llega a solucionar ese problema. Por un lado la Justicia *wigka* (chilena) exige que todos tienen que ir a reconocer su derecho, y según nuestras normas, ya está todo repartido y aclarado.

### ¿Cómo se podría solucionar eso?

Bueno, una solución sería que se volviera a juntar la comunidad y se deja sin parte a esa persona. La otra sería decirle que ya no sigue siendo miembro de la comunidad. Esa sanción mapuche es muy grave.

**Pero, a nivel de políticas públicas, a lo mejor si no existiera esa posibilidad de recurrir a la Justicia estatal, o si estuviera regulado, ¿piensa usted, que se evitarían estos conflictos?**

Claro

Eso comúnmente pasa con la gente que está fuera. La gente que está en Santiago, en Temuco. Esos son siempre las personas que buscan y buscan problemas y eso no sucede tanto con la gente que vive en la misma comunidad.

**O sea, ¿la gente que está en las comunidades no busca fuera de la comunidad?**

Si busca. Quizás para regular algunos papeles, pero con la diferencia que respetan los compromisos y reglas de la comunidad.

**En general, los conflictos ¿suelen resolverse dentro de la comunidad?**

Hay comunidades que resuelven sus problemas solos, pero va no son todas.

**¿Todas las comunidades actúan de forma similar o no?**

Lo que hay que ver, si en esa comunidad se realizan distintos tipos de ceremonias como el *gijatum*, *mochitun*, *koyallitun*. Si la cultura está viva. Porque en esos momentos van saliendo todos los pensamientos,

la cosmovisión mapuche es lo que sostiene el ser mapuche. De ahí sale toda la esencia de nuestra cultura: el respeto, el respeto a la tierra, a la naturaleza, el respeto a los mayores, todo lo que es respeto. Es obvio que empezamos a pensar a ser un *gümezwan* y el *gümezwan* se hace en el momento que hay un *rakizwan*. Si no hay *rakizwan* no se puede hacer el *gümezwan*, porque finalmente eso es lo que sostiene hoy en día nuestra cultura y nuestro pueblo. Y después adquiere todo descalificativo: porque todos nosotros pensamos de realizarnos como personas, ser considerado persona al interior de la cultura. No se considera la persona por sus bienes materiales, sino a aquella persona que sabe conversar, compartir y relacionarse.

Por ejemplo es muy, muy bien considerado cuando uno cumple lo que dice. Existe el término *l'che*, es muy buena gente, tiene muy buenas características esa persona, *kimche* es una persona muy sabia, *noche* la persona lo que dice cumple, etc. Entonces eso está presente constantemente en nuestra cultura porque a nadie le gustaría ser *wezache*, *chekawün* (ereerse gente), a nadie. A ningún mapuche le gustaría que le digan "¡oye, tu te erees gente, te pareces gente, pero no lo eres!". Y eso justamente es lo que hoy en día en algunas comunidades se está perdiendo y justamente porque no están cumpliendo, no están haciendo ceremonias, no viven nuestra religiosidad. No se dan los momentos en que realmente se puede conversar todas las inquietudes y problemas de la comunidad.

**¿Y la noción que tienen como mapuche para resolver los conflictos, es muy con-**

**trapuesta a la accidental. Existe algún punto de equivalencia?**

Hay un ejemplo que es el tema del derecho de propiedad. La propiedad privada. A la gente se le obligó y sometió a tener propiedad privada porque el sistema *wigka* funciona con la propiedad privada. Si yo mismo voy a pedir un crédito a FONDAP y no tengo título de tierra, no lo puedo pedir. Si pido un subsidio de casa, no lo puedo pedir, porque no tengo título. Tendría que darme lo alguno de mi familia, mi madre, mi padre, tía o tío que tenga título. Es muy complicado ese tema. La gente por necesidad, por la pobreza le busca la cuarta pata al gato para llegar a tener un pedacito de tierra, un título. Y este caso de la tierra veo como un gran problema, porque jamás la política del gobierno ha querido solucionar seriamente los problemas de las comunidades. Una forma como se podría solucionar el problema de las comunidades sería hacerlo de una forma más integral. Preguntándonos: ¿cuáles son nuestras necesidades reales en las comunidades?

**Dentro de la idea de propiedad, que para nosotros constituye una manera de relacionarse con las cosas -en virtud de la cual yo tengo un poder absoluto de un bien, una casa o un terreno por ejemplo, y puedo hacer lo que quiera en ese terreno o casa, o no hacer nada si quiero-, ¿es una idea que también está presente en la sociedad mapuche?**

Claro.

**Hay una idea de propiedad en el mundo mapuche.**

Sí, hay personas que tienen la idea de la propiedad y que piensan que pueden hacer y deshacer lo que quieren en sus tierras. Eso sucede más acá en Chile desde que existe el título de dominio o el título de propiedad privada. He tenido la posibilidad de viajar varias veces a Argentina porque tengo varios enteros que visito en comunidades mapuche al otro lado de la cordillera cerca de Añuní, Ruka Choroy, la comunidad del Logko Salazar. Ellos no tienen el título de propiedad privada. Tienen título de comunidad y hay un respeto grande entre ellos y por los espacios físicos que una familia está ocupando. Es por un acuerdo entre la gente del lof que se sigue manteniendo en la memoria de todos.

Ahora, en ese sentido, en la medida en que vivamos en un espacio en que hay interrelación e invasión cultural de parte de nosotros los *wigka*, y específicamente en el tema de la justicia, en el tema de las leyes, durante mucho tiempo hemos impuesto nuestro concepto de propiedad, hemos impuesto los juzgados como forma de resolver este tipo de conflictos, etc., pero, ¿cuál, o hacia dónde puede estar la respuesta? Por una parte hay responsabilidad de la misma sociedad mapuche de intentar mantener su postura vigente, viva, pero respecto de los *wigka* cuál diría usted es al responsabilidad o qué podrían hacer los no indígenas para evitar esta posición que implica una pérdida de aspectos relevantes dentro de la sociedad mapuche, ¿Qué podría hacer el Estado para evitar esto?

Algo muy simple: reconocer a nuestra cultura que tiene su propio sistema de justicia. Quizás no en todos los ámbitos por-

que vivimos en un mundo que está cambiando, "moderno", pero hay cuestiones que sí se pueden resolver muy fácilmente antes de llegar al juzgado. Por ejemplo si hay ya un acuerdo previo tomado dentro de la comunidad, respetar eso, lo mismo, reconocer que tenemos un sistema de medicina propio, reconocer a nuestras autoridades propias, nuestra educación. Al final necesitamos el reconocimiento de nuestra cultura, de todo nuestro Pueblo Mapuche. Somos distintos, pensamos de otra manera, incluso en varios casos actuamos de otra manera, independientemente de que nos vistamos igual, andemos igual en algunas cosas, pero en nuestra forma de pensar somos muy distintos.

**Pero, ¿cómo se puede conjugar que por ejemplo: hay un conflicto x, y que una persona de la comunidad desee acudir a la justicia ordinaria?**

Si uno no respeta un acuerdo de palabras en la comunidad o entre personas, tampoco debería realizar un acuerdo. Es legítimo, porque la gente busca seguridad. Eso se ha creado por la desconfianza. Por el aumento de la desconfianza, la gente quiere ahora un papel que diga: "mira, se llegó a tal acuerdo". Entonces una solución sería que el Pueblo Mapuche pueda innovar y ver de qué manera se pueda llegar a algún acuerdo, quizás dejando algo escrito que sea válido dentro del sistema judicial chileno.

**¿Pero, tradicionalmente la forma de resolver conflictos jurídicos era oral?**

Sí, era totalmente oral. Por eso sería necesario comenzar a buscar e innovar un mecanismo que este acorde con la realidad de hoy.

**Segundo Congreso Nacional sobre  
resolución alternativa de conflictos.  
«Justicia, Tribunales de Familia y  
Mediación Familiar»**



# Ponencias

**«Comentarios sobre la creación y competencia de los Tribunales de Familia en el proyecto de ley de mayo de 2001»**

PEDRO HIDALGO SARZOSA

**«Comentarios críticos al proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia»**

GONZALO CORTÉZ MATCOVICH

**«La mediación en el Proyecto de Ley de Tribunales de Familia»**

MACARENA VARGAS PAVEZ

**«Mediación familiar y derechos del niño. Una aproximación»**

FELIPE VIVEROS CAVIEDES

**«Experiencias de mediación en Chile»**

MARCELA LE ROY BARRIA

**«Centro de mediación de Santiago «experiencia y desafíos futuros»»**

JORGE BURGOS PIZARRO

**«El patchwork de una mediadora»**

NURIA VILLANUEVA REY



# COMENTARIOS SOBRE LA CREACIÓN Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE LEY DE MAYO DE 2001.

**Pedro Hidalgo Sarzosa**

Profesor Derecho Civil  
Universidad Católica de Temuco

Entendida la circunstancia que hoy conocen o pueden llegar a conocer de asuntos relacionados con una misma familia diversos tribunales, lo cual imposibilita llegar a una solución eficaz y armónica de los litigios, pudiendo incluso darse la posibilidad de soluciones contradictorias, existe una tendencia creciente en la legislación comparada dirigida a entregar cada vez mayor número de asuntos familiares a un solo tipo de tribunales especializados.

Por lo que, en cuanto a la creación de una judicatura especializada, no queda más que estar de acuerdo con ello, son numerosas las razones y motivos que la justifican, en lo que cabe destacar lo particular de los conflictos, los sujetos que intervienen, lo delicado de los materias que corresponde resolver, los cambios que han ocurrido y que están por venir, la existencia de criterios muy distintos de los principios generales con que se pueden enfrentar y resolver los conflictos de intereses en el derecho patrimonial. En fin basta con observar la realidad, consultar cualquier autor y luego meditar sobre el punto para estar de acuerdo que hoy, más que antes, se hace necesario la especialización de nuestros tribunales para encontrar las soluciones adecuadas a

los problemas y conflictos que ante ellos se presentan.

Por lo demás esa ha sido la opinión de la propia Corte Suprema, que considera positiva y oportuna la intención de crear juzgados especializados en materia de familia, dada la peculiar naturaleza de este tipo de problemas que muchas veces, hace surgir temas que no son estrictamente de carácter jurídico.

El propio mensaje del Proyecto así lo señala. En efecto, pocas reformas revisiten tan alto grado de consenso como es la creación de tribunales de familia, desde la Comisión Nacional de la Familia, que ya en 1995 abogaba por la creación de estos tribunales, hasta la unánime opinión de parlamentarios, el Poder Judicial, y expertos de distintas disciplinas, coinciden hoy en la urgente necesidad de contar con órganos y procedimientos apropiados para el tratamiento de los conflictos familiares.

El Proyecto que hemos tenido oportunidad de conocer crea estos Tribunales, pero innova en lo que hasta ahora se conoce en nuestro país, en lo que dice relación con la integración de tales tribunales, ya que propone el remplazo de los actuales tribunales de menores, con un juez y un secreta-

rio, por 41 nuevos juzgados, integrado cada uno de ellos por un número variable de jueces y en que cada uno de ellos detentará la potestad jurisdiccional plena.

Además se pretende utilizar mecanismos de solución diversos de los denominados adversariales, los que han sido tradicionales en nuestra judicatura, así doña Soledad Alvear, cuando se desempeñaba como Ministra de Justicia, manifestó que uno de los grandes objetivos era proporcionar a las partes instancias adecuadas para que logren soluciones cooperativas de sus conflictos. Se promueve así la posibilidad de que ellas puedan contar - tanto a través de un mediador como durante el proceso - por medio del juez de familia - con la ayuda de un tercero que les permita alcanzar soluciones pacíficas que favorezcan la armonía del grupo familiar.

Estos sistemas permiten dar una solución más adecuada y eficaz a algunos problemas que, estando incorporados al sistema legal en general y judicial en particular, no logran ser resueltos total y satisfactoriamente para las partes. Este es el caso de los asuntos de familia, en los que habiendo sido solucionado judicialmente por medio de la sentencia de un tribunal, ello en algunos casos sólo contribuye a agravar la deteriorada relación familiar, con la consabida repercusión en la estabilidad emocional de las partes y de los terceros (principalmente los menores) involucrados.

El grado de formalidad del proceso con el que hoy se manejan los asuntos en estos tribunales son uno más de los factores que agravan el problema, en cambio en la mediación esta formalidad será determina-

do por las partes.

Por cierto que una mayor flexibilidad del proceso trae consigo la utilización de un lenguaje sencillo y simple, adecuado a la realidad de cada uno, de manera que quienes concurren en demanda de solución ante el Tribunal puede entender a cabalidad lo resuelto, pero todo ello con la presencia de los respectivos abogados que deben ser los llamados a redactar acuerdos y para asegurar la preservación de los derechos legales de sus representados. Con ello se desecha el esquema de existir un ganador y un perdedor en cada asunto que motivado por un conflicto de intereses, deba ser resuelto por un tribunal.

Pero no puedo dejar de señalar una crítica al Proyecto que promueve la idea de que quienes concurren ante estos tribunales lo puedan hacer sin asistencia de letrado, una idea como esa, atendida la realidad nacional no debe estar en un proyecto como el que comentamos.

Cuando las partes en conflicto necesitan conservar la relación que hasta ahora han tenido, la mediación, por ser de las llamadas soluciones colaborativas, tienen mayores ventajas que los sistemas en que las partes se enfrentan. Con ello incluso es posible pensar que se puedan formar o recrear relaciones más que destruir las.

Cabe destacar la creación de los denominados Consejos Técnicos, regulados en el artículo 1° del Proyecto de Ley, que en el inciso segundo señala: "La función primordial del Consejo Técnico será la de asesorar a los jueces en el análisis de los hechos y situaciones relacionadas con los asuntos de

que conozcan y en cualquier otra materia de su especialidad en que el juez lo solicite, así como en la adopción de la resolución que mejor convenga a los intereses permanentes del grupo familiar”.

“Los informes u opiniones que emitan los miembros de este Consejo en el cumplimiento de sus funciones serán puestas en conocimiento de las partes, en las audiencias, a fin de que puedan informarse de su contenido y rebatirlo, si lo estiman necesario.”

“En caso necesario, el juez de la causa podrá requerir al Consejo Técnico que emita los informes económicos y sociales que sean necesarios para resolver cuestiones sobre el derecho de alimentos”.

Ya algunos han manifestado que la función de ellos será la de ilustrar al juez, asesorarlo, no están para emitir dictámenes ni producir medios de prueba, sino que ayuda en el análisis de los hechos y situaciones relacionadas con los asuntos de que conoce, y en la adopción de la resolución que mejor convenga a los intereses permanentes del grupo familiar.

Pero lo cierto es que la redacción de la norma no da la necesaria claridad sobre el punto, su tarea no se limita a la mera asesoría, a complementar la tarea del juez, sino que a la de compenetrarse con él formando un todo que lleve el asunto a una solución definitiva, por ello debe ser considerado no como auxiliar de la tarea del Juez, sino que como parte integrante del Tribunal, ya que en ocasiones se va a involucrar directamente en los problemas.

Por ello y atendida la relevancia que

tendrá podría formar parte de él otros profesionales, distintos de los que considera el proyecto de ley, pero dejando claramente establecida cual es su verdadera función.

En este me remito a la opinión de un procesalista uruguayo, A. Gelsi: quien en 1958 se planteaba frente al tema: quien garantiza el derecho al menor, como el de toda persona es el juez, hombre de derecho. El maestro podrá enseñar, el sicólogo comprender mejor el modo de ser del joven; el médico señalar sus enfermedades que lo aquejan. El juez, es quien lo coloca en posición de sujeto de derecho, de persona humana en el conjunto social. Lo que hace falta no es sustituir al juez por dichos técnicos, sino aprovecharles en la zona de su aptitud como perito.

De manera que ellos deben ser peritos que pueden ilustrar al sujeto llamado a resolver el conflicto, sino da la impresión de querer encontrar soluciones fuera del ámbito del Derecho, solucionar la problemática familiar con criterios que son ajenos a los de los Tribunales, por distintos que sean los principios generales y los criterios con que deben abordarse estas materias.

Teniendo presente lo que ya ha ocurrido con otros proyectos de modernización de los Tribunales o con la forma de impartir justicia, no podemos dejar de mencionar que, una vez más, no sea posible responder a la mayor parte de las expectativas que la población pueda tener o esperar con la creación de estos tribunales. Por una parte se adopta el criterio de aplicar la reforma en todo el territorio nacional, de manera que se respetará la idea de igualdad formal que se contiene en la Constitución. Pero debo

hacer presente que ello no significa que en todo el país tendremos estos tribunales, no se crean estos tribunales en todas las localidades, ¿en los lugares en que no se creen, serán resueltas las cuestiones ante el juez civil de competencia común? ¿Que va a ocurrir con las comunas lejanas a los centros poblados? Por otra parte, sin duda que además estos tribunales deberán conocer de cuestiones que hasta ahora no han sido debatidas, especialmente porque no se ha contado con la herramienta procesal adecuada, el método adversarial no permite que el problema se plantee antes que el conflicto estalle, ahora podrán demandarse soluciones preventivas, o tal por la expectativa que el proyecto genera, se conocerán otros temas que están latentes, esperando una válvula de escape.

Y en ello, sin duda, al menos en mi opinión, el proyecto merece una nueva crítica, ya que al revisar la competencia que se le fija, deja de lado materias que sin duda son de derecho de familia, las cuestiones relativas al adulto mayor, ellos se encuentran desamparados y una ley que se ocupe del tema de la familia, debe necesariamente hacerse cargo del tema. Pero lo que más llama la atención, puesto que todos los documentos y trabajos que precedieron a este proyecto, se han ocupado y reconocido como una realidad creciente - pero no por ello que deba fomentarse - la ley ha ignorado la regulación de los efectos y conflictos que pueden nacer del concubinato, convivencia o uniones de hecho.

Sin duda ello constituye un fenómeno extendido en todo el país, suficientes datos estadísticos así lo indican.

No se establece ni se regulan, ni aún de modo precario, los derechos y obligaciones que deberían asignarse a uniones voluntarias y permanentes entre un hombre y una mujer, sea en el aspecto personal como en el patrimonial. No se establece ni el deber ni la exigibilidad de socorro elemental que la responsabilidad de la situación de convivencia debiera importar, dejando en la completa indefensión al conviviente abandonado, enfermo o anciano.

No se regula tampoco, lo relativo al dominio, administración y destino de los bienes adquiridos por los convivientes, los que se suelen adquirir gracias al esfuerzo común. Esta situación se torna crítica al terminar la convivencia, cuando se pueden presentar, y se presentan, graves injusticias, sin que el conviviente perjudicado o a veces el sobreviviente, tenga derechos claros que hacer valer. Carece también el conviviente de todo derecho en una sucesión sin testamento y a no ser por alguna norma aislada en materia de seguridad social, su situación carecería de todo reconocimiento, a pesar de que en muchos casos la convivencia representa la unión de toda una larga vida.

En casos excepcionales, los Tribunales han encontrado la fórmula para superar la omisión legal en lo que se refiere a los aspectos patrimoniales, sobre la base de soluciones previstas para otras situaciones, entre las que destacan las fundadas en las reglas del cuasicontrato de comunidad, de las sociedades de hecho, del contrato de trabajo y en los principios que regulan el enriquecimiento sin causa. No obstante estas soluciones, a más de relativas, han tenido un impacto muy marginal y no hacen sino

poner en evidencia que la situación analizada carece de una solución legal equitativa de general aplicación.

Un proyecto de ley como el que comentamos debe contener alguna herramienta que permita avanzar en este campo.

Como vemos la problemática de la familia excede la institucionalidad jurídica tradicional, especialmente si se tiene en cuenta que la mayor parte de la legislación sobre esta materia data del tiempo de don Andrés Bello L., se creó para la sociedad de su época, pero hoy cuando se conocen tan bien los problemas, se sabe la causa de muchos de ellos, aún no ha surgido la respuesta adecuada, se han efectuado suficientes diagnósticos de la realidad, así se menciona en el Informe de la Comisión Nacional de la Familia que señala: "La pobreza representa hoy para quienes la sufren, una condena a vivir en la marginación social y a reproducir en sus familias esas mismas condiciones. La marginación, por su parte, favorece el desarrollo de conductas antisociales y produce una gran frustración y falta de expectativas en un futuro mejor. Así, aunque puedan encontrarse entre los pobres impresionantes muestras de solidaridad en su lucha por la sobrevivencia, la pobreza de carácter estructural destruye objetivamente las posibilidades de formar y desarrollar una familia que cumpla con las funciones sociales a ella asignadas y con la formación de las personas, según se analiza en diversas partes de este informe. Ello nos ha llevado a considerar a la pobreza, junto a la modernización, como variables transversales que traspasan todas las restantes temas de este informe."

Por otra parte, el mismo informe indica como factores de perturbación, que afectan la convivencia familiar, el egoísmo, el que cada cual se ame más a sí mismo como el primero de todos, conduce a rupturas, roces, a falta de entendimiento familiar y a veces a crisis. Las limitaciones económicas, la realidad objetiva de que falta lo suficiente para mantener el hogar, para alimentar y educar a los hijos, para un techo digno, las limitaciones que nacen de esa realidad terrible de que en una pieza tienen que convivir numerosas personas de distintas edades y sexos; la angustia del hombre que se ve incapacitado para encontrar un trabajo o para ganar lo suficiente para sostener a su familia; la angustia de la mujer que se encuentra en situación análoga o que ante la crisis que sufre su marido tiene que asumir la responsabilidad del hogar; los efectos que en el seno de la familia provocan fenómenos lamentablemente generalizados, en mayor o menor medida, en las sociedades modernas, como el alcoholismo o la drogadicción; condicionantes culturales, derivadas de influencias de diversos tipos de ideas que, a veces, se toman como modas y que suelen poner en tela de juicio, como una cosa arcaica, de otros tiempos, la institución misma de la familia; tensiones, urgencias y demandas de la vida moderna afectan, de uno u otro modo, la realidad familiar.

Es de esperar que no se pretenda, como ha ocurrido en otras materias en nuestra sociedad que se llegue a la judicialización de los conflictos familiares, pues con ello se creará una expectativa imposible de resolver.

Quizás sean otras las instancias lla-

madras a actuar en esta materia, no sólo los tribunales deben hacerse cargo de la tarea de aportar soluciones, que podrán ser para el caso concreto o particular, pero no le corresponde a ellos una tarea preventiva ni educadora, sin perjuicio que de manera tangencial, a través de sus resoluciones puedan hacerlo, mas no es su función prioritaria.

Estamos ciertos por lo demás que ninguna ley podrá abordar toda la problemática de la familia. Ante esa realidad no podemos permanecer indiferentes, cada uno debe aportar lo suyo, por ello sea bueno recordar la Rimas 30 de Gustavo Adolfo Becquer. "Asomaba a sus ojos una lágrima y a mi labio una frase de perdón; habló el orgullo y enjugó su llanto, y la frase en mis labios expiró.

Yo voy por un camino, ella por otro; pero al pensar en nuestro mutuo amor yo digo aún; ¿Por qué callé aquel día? Y ella dirá; ¿Por qué no lloré yo?".

# COMENTARIOS CRITICOS AL PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

**Gonzalo Cortéz Matcovich**  
Prof. Universidad de Concepción

## 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS:

Planteamiento de una ponencia sobre un texto prelegislativo.-

Me ha invitado a participar en el II Congreso Nacional sobre Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos "Justicia, Tribunales de Familia y Mediación Familiar". El tema sobre el que específicamente se me ha encomendado intervenir refiere a los *Aspectos del Procedimiento regulado en el Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia.*

Los comentarios que a continuación se realizarán, están referidos al texto de la indicación sustitutiva del Ejecutivo al Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia, de fecha 30 de mayo de 2001 (Boletín 2118-18).

La naturaleza del texto que se comenta precisa de un específico planteamiento que es conveniente hacer explícito. Se refiere a que el estudio de un texto legal en vigor no puede ser el mismo que el de un texto sólo en fase de proyecto.-

En efecto, frente a un texto legal en vigor puede ser necesario agotar las posibilidades interpretativas para que se alcance el fin de la norma y para que ésta pueda tener una adecuada interpretación sistemática.

En cambio, frente a un texto en proyecto, aunque la redacción de las disposiciones permita alcanzar aquellos objetivos, es fundamental y necesario poner de manifiesto aquellos defectos que dificultarán buenas interpretaciones y que incluso pueden permitir e fomentar malas interpretaciones.-

Es en el contexto de esta advertencia previa que espero se comprendan las apreciaciones críticas que, desde el punto de vista procesal, formulo al Proyecto de Ley que crea los tribunales de familia y señala su procedimiento.

La exposición se limitará al análisis de las normas contenidas en el Título III del Proyecto, que se refiere a los principios del procedimiento, a las reglas generales y al procedimiento ordinario de aplicación general.-

## 2.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Como planteamiento general, frente a un Proyecto de ley, el examen tiene que ir dirigido en una doble dirección:

a) En primer lugar, se trata de valorar si el Proyecto en estudio responde a una realidad social determinada, en el sentido de ser una herramienta que sirva para dar respuesta a las distintas cuestiones que plantean, en general, las denominadas crisis fa-

miliares.-

b) En segundo término, se trata de detectar los posibles problemas de técnica legislativa de que puede adolecer el texto que se comenta.-

La valoración general del Proyecto y las bondades del mismo ya han sido expuestas por quienes me han precedido en la palabra. Me limitaré a exponer aquellas observaciones que he considerado más interesantes.

### 3.- OBSERVACIONES PUNTUALES O ESPECIFICAS:

A) **SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO:** El artículo (en adelante art.) 7º del Proyecto señala que el procedimiento que aplicarán los tribunales de familia será esencialmente oral, concentrado y desformalizado y que, además, en él primarán los principios de la inmediación, de la oficiosidad y la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes.

Comparto la opinión de quienes sostienen que todo el problema del procedimiento se resume en dos principios: oralidad y escritura.

De igual modo hay que estar de acuerdo con quienes postulan al proceso oral como el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la sociedad moderna.

Pero es imposible soslayar que a lo largo del siglo que recién paso, la oralidad ha sido el anhelo perseguido y no alcanzado y, con él, la finalidad de abreviar la dura-

ción de los procedimientos. Este verdadero "mito" de la oralidad (véase, por ejemplo, que en España tiene rango constitucional (art. 120.2 CE: "*el procedimiento será predominantemente oral*") - si bien, ha logrado convencer a los teóricos, no ha logrado, sin embargo, convencer a los prácticos. La realidad, pues, se muestra renuente frente a la introducción de esta técnica.-

Las razones de este fracaso del modelo teórico de la oralidad, cuando es trasladada a la realidad, obedecen a una multiplicidad de factores, que no es oportuno citar aquí, pero es importante consignar que, hasta ahora, el acortamiento de la duración del proceso, perseguido a través de la oralidad, no se está consiguiendo. Es de esperarse que el Proyecto que se comenta logre superar este inconveniente.

En lo que atañe al articulado del Proyecto en sí, es importante destacar que el prelegislador tiende a manejar un concepto restringido de la oralidad, lo que le conduce a efectuar declaraciones reiterativas y sobreabundantes. Me explico.

El prelegislador parece entender que la oralidad es simplemente un método, una técnica conforme a la cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencias.

Lo cierto, sin embargo, es que el concepto de oralidad tiene un significado muchísimo más amplio y comprensivo. Con la oralidad se sintetiza un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios entre sí coordinados, mse-

parables unos de otros.-

En este sentido, la oralidad implica, supone, la **inmediación**, es decir, que la actuación del juez se verifique en contacto personal con las partes, prescindiendo de intermediarios. De ahí que, a mi modo de ver, implique una repetición inútil hablar de oralidad e inmediación, porque una supone la otra.-

Hay algo más importante, podría pensarse que ambas formas, oralidad e inmediación son principios relacionados pero independientes, sin embargo, bien vistas las cosas es posible concluir que la **oralidad sólo tiene sentido si el juez que ha de decidir la controversia es el mismo que ha asistido al desarrollo de la prueba y entrado en relación directa con las partes**.

Es decir, el juez de un proceso oral debe estar constituido desde el comienzo del pleito hasta su conclusión por la misma persona física. Es evidente que la oralidad no funciona si los actos procesales se llevan a cabo ante personas diferentes, porque la impresión recibida por el juez que asiste a uno o más actos no puede infundirse en el otro que deba juzgar.-

Entonces, como conclusión, puede afirmarse, primero: que la inmediación constituye la esencia del juicio oral y que no se trata de principios distintos o autónomos sino de dos aspectos de una misma realidad, por lo que resulta redundante aludir a ambas como técnicas distintas e independientes.-

En segundo lugar, que el efecto fundamental de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el tribunal durante la tramitación de la causa. En este sentido, la necesidad de que el juez que presencia las pruebas sea el que dicta la sentencia es totalmente desconocida en nuestro proceso civil; antes bien, por el contrario, nuestra legislación acepta con todas sus consecuencias la posibilidad del cambio del juez a lo largo del proceso (piénsese, por ejemplo, que es perfectamente posible que la inspección personal practicada por un juez sea apreciada por otro, con lo que desaparece la razón de ser de la misma).-

En este orden de ideas creo que falta una norma que sea categórica al respecto. Es cierto que, conforme al art. 11 del Proyecto, las audiencias y diligencias de prueba deben realizarse en presencia del juez y que está prohibida la delegación, pero en ninguna parte se garantiza esa identidad física a que se ha venido aludiendo.-

Se me podrá responder diciéndome que el procedimiento establecido se verifica en una sola audiencia principal de contestación y prueba, por lo que la posibilidad de que operen cambios físicos de la persona del juez no existe.-

Pero no puede olvidarse, en primer lugar, que siempre pueden suscitarse situaciones no previstas por la ley que demanden la celebración de una nueva audiencia y que incluso el propio Proyecto refiere la posibilidad de que se verifiquen audiencias complementarias, es decir, audiencias sepa-

radas en el tiempo que no necesariamente se llevan a efecto de modo sucesivo sino que la ley (art. 29 del Proyecto) permite que se verifique varios días después de la audiencia principal. Por otro lado, es perfectamente posible que el juez, por cualquier causa (falte, ya sea porque se ausente, se enferme, o simplemente fallezca). Frente a estos supuestos, hay dos alternativas: o se procede a una nueva vista o bien, se permite que otro magistrado, que no estuvo presente en las audiencias, siga conociendo del asunto y dicte sentencia. En este segundo caso, se comprende que buena parte de las ventajas de la oralidad se desperdician. Las mismas situaciones podrían presentarse en relación con la posibilidad de las partes para suspender el procedimiento hasta por sesenta días (art. 16 del Proyecto).

Otro tanto ocurre con la **concentración** a que el Proyecto propende. Decir oralidad equivale a decir concentración. La concentración en realidad es una característica exterior de la oralidad, por lo que hablar de concentración y oralidad es también un pleonasmismo, una redundancia. De ahí que no sea extraño que, para Alcalá Zamora y Castillo, sea más apropiado hablar de proceso concentrado más que de proceso oral.

En relación con la actividad procedimental, la concentración tiende a que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia y, de no ser posible, en varias audiencias, pero próximas entre sí, de modo que los actos procesales realizados de palabra ante el juez no desaparezcan de su memoria.

### La concentración debe considerarse desde dos puntos de vista:

1. La relación con la actividad procedimental: la concentración implica que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia y, de no ser posible, en varias audiencias, pero próximas entre sí, de modo tal que los actos procesales realizados de palabra ante el juez no desaparezcan de su memoria.

El Proyecto (en su art. 9º) reconoce esta característica que conduce la oralidad, señalando que el procedimiento ha de llevarse a efecto en una audiencia única de contestación y prueba, pero reconociendo que este ideal es prácticamente imposible en la realidad, admite la posibilidad de una audiencia complementaria. Lo relevante es que el prelegislador ha entendido que lo importante es aproximar lo más posible el procedimiento a ese ideal.

Es de temer, sin embargo, que pese a la buena voluntad del prelegislador, en la práctica el ideal devendrá en imposible, propiciándose la aparición de sucesivas audiencias complementarias.

2. Hay un segundo aspecto a considerar en relación con la concentración, tan importante como la unidad del acto, tiene la concentración en relación con las cuestiones previas e incidentales.

En un proceso dominado por la oralidad, todas estas cuestiones previas e incidentales se concentran en una misma audiencia, por regla general, sin que impidan

la entrada al fondo del asunto. Este es el ideal, pero así como en el supuesto anterior, el prelegislador no puede desconocer que en ciertas y determinadas situaciones puede ser necesaria una audiencia complementaria, en esta materia debe prever que también hay incidentes y cuestiones previas, que pueden aconsejarse sean resueltas antes de entrar al fondo del asunto.-

En esta orientación no se acaba de comprender, cuál es el sentido de la frase que cierra el art. 9º del Proyecto: No existirán en este procedimiento incidentes de previo y especial pronunciamiento.-

Si lo que el prelegislador quiso decir es que los incidentes que se susciten no suspenderán el curso del proceso principal, debió decirlo de ese modo, pero resulta evidente que no porque el legislador lo establezca han de desaparecer esta clase de incidentes. Pero más importante que esto es que una postura tan radical sobre la materia puede producir efectos adversos a los pretendidos.

Es fácil entender que lo que se busca es evitar que, a través de la promoción de incidentes, se provoque la suspensión del procedimiento, pero el deseo de evitar suspensiones puede llevar, por un lado, a situaciones más perniciosas aún que la suspensión y, por otro lado, puede significar un peligro para la justicia.

Respecto a lo primero, debe obrarse con cautela: que no sea que una aspiración de economía y concentración, conduzca a la máxima antieconomía, de perder trabajo,

tiempo y dinero, en virtud de haberse tramitado completamente un proceso que a la postre resultó sin valor, nulo. De acuerdo a la economía procesal, es fundamental que el legislador tienda a evitar que el tribunal y las partes desarrollen una labor inútil, susceptible luego de ser anulada. Ésta es la razón de que existan los incidentes de previo y especial pronunciamiento.

Aunque, como se ha resuelto, la cuestión de saber si un incidente es o no de previo y especial pronunciamiento, debe ser resuelta en cada caso particular, como pauta general, puede decirse que comprende todos aquellos incidentes relativos a la nulidad de actuaciones y resoluciones, porque es necesario subsanar todo defecto procesal antes de seguir el curso del proceso; también todos aquellos casos en que aparezca claramente que la resolución de la cuestión incidental es determinante en la eficacia de actuaciones posteriores. Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones sobre competencia, la nulidad de lo obrado, o si hay duda si la persona en cuestión es o no menor de edad (¿debe tramitarse completamente el proceso?). Todos estos son incidentes cuya resolución no puede quedar postergada para definitiva.-

Y qué hacer con los litigantes que promuevan incidentes con la intención de dilatar el proceso.

En primer lugar, el juez, con base en los criterios antes mencionados, deberá determinar si efectivamente en el caso concreto se trata de uno de aquellos incidentes de efectos suspensivos y, en segundo lugar, el

propio Proyecto, en su art. 17, da expresas y amplias facultades al juez de familia para reprimir y sancionar el fraude procesal y la mala fe de los litigantes.

Cuando afirmo que la concentración llevada al límite puede significar un peligro para la justicia, pienso fundamentalmente en las cuestiones de carácter prejudicial penal. La aplicación estricta del art. 9° inciso (en adelante inc.) 2° lleva a concluir que de seguirse una causa criminal por los mismos hechos que se debaten ante el tribunal de familia, en ningún caso se suspenderá el procedimiento que se siga ante este último. Esto es muy peligroso y me parece más correcta la regulación que hacía el art. 5° inc. 2° del viejo Código de Procedimiento Penal, en orden que *"Cuando la acción civil se ejercite separadamente de la penal, aquélla podrá quedar en suspenso desde que el procedimiento criminal pase al estado de plenario"* en relación con lo dispuesto en el artículo 167 Código de Procedimiento Civil.

**B) SOBRE LA PRUEBA:** El prelegislador consciente o inconscientemente de la relevancia del tema ha establecido en el artículo 20 del Proyecto que *"Constituirán medios de prueba todos aquellos que, obtenidos lícitamente, sirvan para formar la convicción del juez"*.

Como se sabe, las opciones fundamentales del legislador para la configuración de un sistema probatorio son principalmente tres:

a) La iniciativa en el aporte de las pruebas;

b) La determinación de los medios de prueba admisibles y

c) La valoración de la prueba rendida.

En lo que respecta al primer aspecto, la opción del texto prelegislativo me merece un comentario negativo. La iniciativa probatoria, parece haber quedado reservada exclusivamente a las partes y aunque no hay una norma específica que así lo consagre, el articulado del Proyecto razona sobre la base de la prueba ofrecida por las partes.

Con esta exacerbación del principio de aportación de parte en la fase probatoria, se pierde así una excelente oportunidad para introducir, con las debidas limitaciones que impone la imparcialidad y el respeto a los principios dispositivo y de contradicción, **cierta iniciativa en materia probatoria de parte del juez**, atenuándose de este modo la alternativa dispositiva pura que parece acoger el texto.

Adicionalmente, piénsese, además, que en el procedimiento general regulado no existe el trámite de citación para oír sentencia y no se ve la oportunidad procesal para que el juez pueda hacer uso de las denominadas medidas para mejor resolver, reguladas en el proceso civil, presentándose la paradoja de que en éste, las facultades probatorias del juez parecen incluso más amplias que en el proceso civil especial que se regula en el Proyecto.

El segundo componente que caracteriza el sistema probatorio es la determinación de los medios de prueba admisibles

Los medios de prueba son, como se sabe, los elementos que en un sistema se consideran idóneos para producir convicción en el juzgador.

Las alternativas para su regulación se reducen, en general, a dos: el establecimiento taxativo de los medios de prueba admisibles o disponer una libertad para allegar los elementos de convicción, sin señalamiento legal. Ambas opciones admiten matices pero, en lo que importa ahora, una primera observación revela que el texto prelegislativo recoge lo que es ya una marcada tendencia de la legislación comparada hacia una amplia admisibilidad de los medios de prueba.-

Es fácil observar que la amplia admisibilidad de los medios de prueba, no es sólo una opción de técnica legislativa sino que comporta una decisión con un ingrediente político importante, que afecta la noción que se tenga acerca de la función judicial. Es reveladora del grado de confianza que se tiene hacia los jueces.

Pero es importante destacar una cuestión, que era a lo que me refería cuando me preguntaba si en la redacción del art. 20 del Proyecto se fue consciente o inconsciente: amplia admisibilidad sí, pero el art. 20 agrega "medios de prueba obtenidos lícitamente". Reconoce el Proyecto que el proceso no es un campo de batalla en el cual sean permitidos todos los medios útiles para triunfar.-

El tema de la prueba ilícita no es un tema menor, es relevante y las posiciones al

respecto no creo pueden considerarse completamente pacíficas.

Cuando se habla de prueba ilícita hay que distinguir dos situaciones:

1.- **La prueba cuya realización en sí es ilícita**, por ejemplo, todas aquellas situaciones en las que ha existido la anulación o disminución de la voluntad del sujeto que interviene en el medio de prueba, es decir, declaraciones orales o escritas conseguidas con violencia o intimidación u obtenidas mediante hipnosis. En todos estos supuestos, resulta evidente que esta prueba es ineficaz, es nula. No es ésta la aludida en el art. 20 del Proyecto.-

2.- En segundo lugar, **están las pruebas obtenidas ilícitamente, pero aportadas al proceso en forma lícita**. Son éstas las más peligrosas y que mayor debate suscitan.-

Se trata, por ejemplo, de cartas obtenidas de manera dolosa, grabaciones en cintas de conversaciones sin conocimiento ni consentimiento del interesado; conversaciones telefónicas intervenidas, películas, interceptación de correos electrónicos, etc.

Existe un importante sector doctrinal que opina que, sin perjuicio de sancionar, incluso penalmente a quienes obtuvieron la prueba ilícitamente, una vez aportada la prueba al proceso, ésta debe ser plenamente eficaz, ya que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso, y resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su

obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de un elemento de convicción relevante para el justo resultado del proceso.-

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina, dichas pruebas deben ser apartadas radicalmente del proceso, no sólo en razón de su origen esencialmente ilícito sino principalmente por el peligro de abuso a que daría lugar su admisión en el proceso, y por la amenaza potencial que significaría para las garantías fundamentales de las personas, especialmente el respeto a la intimidad y vida privada.-

El texto del Proyecto ha tomado partido por esta última posición y esto es significativo porque no hay en nuestro derecho positivo una norma que excluya expresamente la prueba ilícita y hasta ahora no tengo noticia del pronunciamiento de fallos en tal sentido.

La licitud de la prueba se refiere entonces a la forma de obtención de la fuente. La consecuencia procesal de la ilicitud no está precisada en el Proyecto, pero la lógica indica que significará la ineficacia procesal de la prueba ilícitamente obtenida.

Esto significa que, en primer lugar, tales pruebas no serán admisibles en el proceso y, si por cualquier razón fueron admitidas y practicadas, la ilicitud se traducirá en su falta de aptitud para formar la convicción del juez, es decir, para motivar la sentencia.

Pero no se crea que con esta prohibi-

ción quedan resueltos todos las dificultades vinculadas a la prueba ilícita. Existen varias cuestiones vinculadas con la materia que pueden presentar problemas. En efecto, suele suceder que, como derivación de la prueba obtenida ilícitamente, se ha practicado otra que, considerada en forma aislada, es lícita. Piénsese, por ejemplo, en la carta robada que da cuenta de testigos u otros documentos y con el examen de éstos se logra el fin probatorio perseguido. Qué ocurre, entonces, con estos otros medios que, siendo lícitos en sí, se descubren a consecuencia del empleo de medios ilícitos. ¿Son alcanzados por la ilicitud?...

Otra interrogante que puede plantearse es qué sucede respecto de la persona del juez que tomó conocimiento del contenido de todas estas pruebas ilícitas, de las grabaciones, de las cartas, etc. Quizás sería más adecuado separar a este juez de la causa, para que quien lo reemplace, sin conocimiento de esos antecedentes probatorios, pueda juzgar con absoluta imparcialidad.

### C) SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

La realización de la actividad jurisdiccional, del proceso, exige tiempo. Lo exige aunque se cumplieran escrupulosamente las previsiones legales sobre su duración. Pero exige aún más tiempo, porque a menudo esas previsiones se ven ampliamente desbordadas en la realidad y no hay que ser ingenuos y pensar que ello no ocurrirá con el procedimiento regulado en el Proyecto que se comenta.

Suele suceder que, durante ese tiem-

po, imprescindible para la realización del proceso, el demandado aproveche esa demora para adoptar conductas o realizar actos que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia.

El proceso cautelar (las medidas cautelares) es precisamente el instrumento creado para contrarrestar ese riesgo.

La regulación de un sistema de medidas cautelares, comienza por aquellas normas que directamente configuran las *medidas cautelares*, es decir, las que precisan las consecuencias jurídicas de la norma que establece una medida cautelar.

Las técnicas legislativas disponibles para la configuración de las medidas cautelares son diversas.

Las alternativas extremas en la materia son, el establecimiento de una cláusula general y única en virtud de la cual se entrega a la decisión del tribunal la definición del contenido de la medida cautelar que la norma autoriza, o bien, la disposición de su regulación mediante medidas concretas y específicas.

El Proyecto opta por la primera alternativa y, en el art. 18 autoriza al juez para decretar "*cualquier medida cautelar que estime indispensable para la protección de un derecho*". Esta única norma está destinada a asumir el papel de precepto regulador fundamental de la tutela cautelar en la materia.

Esto significa que, cumplidos los presupuestos de la medida, el juez tiene autonomía para acordar aquella que más se

adecue a la situación jurídica cuya cautela se pretende y al peligro que se pretende evitar.

Creo que debió preverse de modo más explícito la posibilidad de que el juez acuerde medidas cautelares indeterminadas o atípicas. Una norma que autoriza esta clase de medidas es, sin duda, un índice de perfección del sistema de tutela cautelar, porque posibilita que las medidas adquieran la flexibilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro difíciles de prever.

Ahora bien, esta indeterminación alcanza no sólo a los efectos o consecuencias jurídicas de la norma, sino también al su puesto fáctico de ella, de modo que al juez le compete concretarlos para el caso específico.

Frente a esta imprecisión como singularidad de la potestad cautelar general hay que plantearse, por lo menos, dos interrogantes, a mi juicio, fundamentales: a) Cuáles son los referentes que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar las medidas y b) Si tiene límites esta potestad cautelar general y si la respuesta a esta segunda cuestión es afirmativa, cabe preguntarse cuáles son estos límites.

El hecho de que la norma procesal no precise sus efectos o consecuencias jurídicas, sino que encomiende al juez su concreción, debe llevarnos a formular dos órdenes de afirmaciones: de una parte, en el sentido negativo, que esta situación no permite aseverar que el juez tenga plena libertad en el desempeño de este cometido, sino

que hace necesario trazar una línea delimitadora del ámbito de esta facultad discrecional atribuida por la norma. De otra, de manera positiva, que se está imponiendo al intérprete una labor de indagación acerca de los condicionamientos legales, límites y alcances de una norma de esta clase.

Aunque la ley deje a la decisión del juez la determinación de las medidas que estime necesarias y conducentes para el cumplimiento de los fines previstos por la norma que establece la tutela cautelar general, naturalmente que aquél debe desenvolverse "dentro de un ámbito que la propia ley concede y que tiene sus límites".

Criterios tales como el de *necesidad* y el *principio de mínima injerencia* en la esfera jurídica del demandado, son patitas orientadoras del juez, que dejan claramente establecido que la concepción de potestad cautelar general debe regirse por ciertos principios rectores, que van más allá de la regulación legal y que actúan a la vez como verdaderas limitaciones a la discrecionalidad.

Lo que el prelegislador parece desconocer o haber olvidado, es que la opción legislativa para regular las medidas no oscila únicamente entre potestad cautelar general y medidas cautelares específicas, sino que los dos sistemas descritos pueden combinarse.

Una alternativa es la regulación de medidas concretas y, a modo de cierre, el establecimiento de una cláusula más o menos general, rigiendo de este modo el prin-

cepto de que a cada forma de peligro corresponde una medida específica, pero es el reconocimiento de que la previsión legislativa no puede agotar todas las situaciones de peligro dignas de tutela cautelar, lo que justifica que haya una norma de cierre del sistema que, de manera residual, abarca todos los supuestos no previstos por el legislador.

Hay una segunda alternativa que ofrece la conjugación de los sistemas antes descritos, y que me parece más apropiada que la recogida en el Proyecto: esta consiste en instituir una norma cautelar de carácter general y, a modo meramente enunciativo, una enumeración de medidas específicas y determinadas.

Ante una norma cuyo supuesto de hecho es impreciso y cuyas consecuencias jurídicas también lo son el juez puede experimentar una sensación de inseguridad, de "miedo al vacío" que en definitiva haga la norma inoperante. Los autores del Proyecto, quizás más sensibles a esta posibilidad debieron optar por una técnica de indicar ejemplos.

Esta técnica de señalamiento de prototipos de medidas adoptables resulta particularmente útil para aquellos sistemas en los que, como el chileno, se transita de un sistema de determinación específica de las medidas cautelares procedentes hacia uno en que se deja a la discrecionalidad del juez y a las necesidades e imaginación de los litigantes la concreción de los efectos cautelares adecuados.

Con esta técnica "se conservan ven

*tajas y reducen inconvenientes permitiendo orientar tanto al solicitante como al juzgador respecto a las medidas disponibles, sin limitarles, por otra parte, el contenido al dejar una cláusula abierta donde se puede incluir cualquier cautela aunque no esté en concreto especificada”.*

La configuración de los presupuestos de la potestad cautelar general que consiga el Proyecto me parece algo confusa.

Se exige, en primer lugar, que para decretar la medida *“la gravedad de los hechos así lo requiera”*. Es decir, que sólo ante la demostración de la existencia de hechos graves, es procedente la medida. En el proceso civil, esta gravedad de hechos no es exigida al menos de esta forma de modo que se da la paradoja que en esta materia, donde la vía para obtener medidas cautelares debiera ser más expedito, se imponen requisitos más gravosos para que sean acordadas.

Por otro lado, el art. 18 del Proyecto exige que la medida sea *“indispensable para la protección de un derecho”*. Quiere decir esto que si la medida no es indispensable sino sólo necesaria para proteger un derecho, ésta no debiera ser acordada. No parece razonable, pero la redacción del precepto pudiera promover esta interpretación restrictiva de la función de la medida.-

Si lo que el prelegislador ha querido decir es que para la adopción de una medida cautelar es necesario la existencia de un derecho en situación de peligro, debió ser más claro.-

De otra parte, la vinculación entre medida y derecho que hace el Proyecto no me parece apropiada. La instrumentalidad exige vinculación entre la medida y la eventual sentencia que recaiga en el proceso, ya que la medida tiende precisamente a evitar la ineffectividad de la sentencia.-

La posibilidad de decretar medidas cautelares con carácter previo a la demanda parece excluida del Proyecto, ya que habla de la posibilidad de adoptarlas *“en cualquier estado de la causa”*. Esta concepción estricta de la instrumentalidad conduce a la obligatoriedad de que **la adopción de las medidas cautelares pueda operar única y exclusivamente en el ámbito temporal que va desde la iniciación del proceso principal hasta su terminación.**

Este es un defecto importante en la regulación del Proyecto porque son variados los motivos que aconsejan la adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio del proceso principal. La efectividad de la tutela cautelar se puede ver seriamente afectada al restringirse la oportunidad en que pueden ser acordadas las medidas.-

Finalmente, hay numerosas cuestiones vinculadas a la tutela cautelar que no se regulan en el Proyecto: el régimen procedimental a que se somete la solicitud de medida cautelar no se establece; el régimen de la responsabilidad derivada del empleo de medidas cautelares abusivas; régimen de impugnación; normas para su ejecución; el régimen de la oposición del sujeto pasivo de la medida y su procedimiento; la posibilidad de revisar la medida por no-

vedad de hechos y circunstancias.

#### CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992.

- *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, (con ORTELLS RAMOS), Granada, Comares, 1996.

CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.

CHIOFENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas Editor, 1990.

GASCÓN INCHAUSTI, E., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, Cedeas, 1999.

MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 1979.

ORTELLS RAMOS, M.:

- *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, (con Calderón Cuadrado), Granada, Comares, 1996.

- "Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Actualidad Civil*, 1996, núm. 42.

- *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000.

REIMUNDIN, R., *Derecho procesal civil*, B. Aires, Viracocha, 1956.

ROJAS RODRIGUEZ, M., *Las medidas precautorias*, Santiago de Chile, Librotec, 1965.

SALAS VIVALDI, J., *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil y penal*, 5ª ed., Santiago de Chile, ed. Jurídica, 1994.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., "El derecho a la prueba en el proceso civil español" en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, s.e., 1984.-

# LA MEDIACION EN EL PROYECTO DE LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA

Macarena Vargas Pavez

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo entregar una visión general acerca de la regulación de la mediación anexa a tribunales contenida en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, conforme a la indicación sustitutiva presentada por el Ministerio de Justicia el 30 de mayo de 2001.

Para ello, en primer lugar, se da cuenta del contexto en que se regula la mediación como proceso alternativo al judicial dentro del proyecto de ley; en segundo término se presentan las definiciones centrales que el proyecto propone en la materia; en tercer lugar se señalan las materias susceptibles de mediación; en cuarto lugar se detallan los requisitos para ser mediador, las condiciones para ser inscrito en el Registro de Mediadores y los aspectos relativo a la formación de mediadores; en quinto lugar se da a conocer el sistema de licitación y pago de los mediadores, y en sexto lugar se explica brevemente las formas de control y fiscalización de los prestadores del servicio de mediación anexo a los Tribunales de Familia, para finalizar con algunas conclusiones.

## II. CONTEXTO EN EL CUAL SE ENMARCA LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

El proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia viene a cumplir con una aspiración sentida por muchos sectores sociales de dotar al sistema de administración de justicia de órganos jurisdiccionales y procedimientos diseñados para abordar en forma específica las particulares características que presentan los conflictos de familia.

La propuesta del Ejecutivo busca responder a algunas de las múltiples necesidades de modernización de la judicatura de menores. Para ello, como objetivos específicos se han planteado los siguientes: (a) concentrar la hoy dispersa competencia de asuntos de familia en un solo tribunal; (b) ofrecer a la ciudadanía respuestas integrales, a través de la incorporación de equipos interdisciplinarios - consejo técnico; y (c) ampliar la oferta de mecanismos de resolución de conflictos - hoy casi exclusivamente adversariales - a otros, como la mediación, que privilegian la participación y el diálogo de las personas.

El proyecto original fue despachado al Congreso Nacional en noviembre de 1997, iniciándose su tramitación parlamentaria en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados. Esta Comisión aprobó

el texto con algunas modificaciones y en mayo de 2001 el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva al proyecto enviado, la cual, recogiendo el texto ya aprobado por la Comisión antes mencionada, incorpora la regulación de dos aspectos que en un comienzo iban a tratarse en cuerpos legales distintos: la administración del sistema nacional de mediación y las plantas de los Tribunales de Familia.

De este modo, la indicación sustitutiva contempla un capítulo completo denominado "De la Mediación" (Título V - art. 71 a 131) que regula todos los aspectos propios de la prestación de los servicios de la mediación anexa a los Tribunales de Familia: asuntos susceptibles de mediación familiar, procedimiento, principios, administración del sistema nacional de mediación, registro de mediadores de familia y requisitos para ser mediador, organismos de formación de mediadores y programas de formación, licitación y pago de los servicios de mediación, control y fiscalización de la labor de mediador.

### III. ALGUNAS DEFINICIONES GENERALES

Tres grandes definiciones contiene el proyecto de Tribunales de Familia sobre la mediación que marcan las características y modalidades que adoptará este mecanismo en nuestro sistema.

Una de ellas –tal vez la más importante– dice relación con una definición legal del concepto de mediación, la segunda dice relación con quiénes y desde dónde se

ofrecerá el servicio de mediación y, la tercera se refiere a la administración del sistema de mediación anexa a los Tribunales de Familia.

#### a) CONCEPTO DE MEDIACION Y PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO

El Título V "De la Mediación" se inicia con el concepto de mediación que se aplicará para los efectos de esta ley.

Esta definición recoge los elementos centrales y que constituyen la base de cualquier proceso de mediación propuesto por el proyecto, que entre otros aspectos, cumple con la función de ofrecer un marco teórico para la comprensión y aplicación de la mediación en nuestro sistema de administración de justicia.

La definición del artículo 71 hace mención expresa al carácter no adversarial de la mediación, de participación directa de las partes involucradas y a la actividad colaborativa e imparcial que debe desarrollar el mediador.

*Artículo 71. - Mediación.* Para todos los efectos legales, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución a su conflicto.

Conjuntamente con lo anterior el proyecto lista y define cuatro principios básicos, que coinciden con los comúnmente enunciados por la literatura especializada y

que se han visto avalados por la práctica general de la mediación en los diversos ámbitos donde ésta se desarrolla. Ellos son: igualdad, confidencialidad, voluntariedad e imparcialidad del mediador.

*Artículo 77. - Principios del proceso de mediación.* Durante la mediación, el mediador deberá velar por la observancia de todas las normas que rijan el proceso contenidas en esta ley. En especial, deberá velar por que se respeten los principios de igualdad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad.

*Artículo 78. - Igualdad.* Será presupuesto indispensable para que se lleve a cabo la mediación la igualdad de condiciones para negociar en que se encuentren los involucrados. El mediador que detectare que alguno de los participantes no es libre para negociar o se encuentra en una situación de desventaja o sumisión respecto del otro, deberá procurar lograr un equilibrio entre ellos y, si esto no fuere posible, deberá suspender o dar por terminada la mediación.

*Artículo 79. - Voluntariedad.* Los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión o en cualquier otro momento durante el procedimiento alguno de ellos manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada.

*Artículo 80. - Confidencialidad.* Los mediadores deberán guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación, respondiendo por los delitos pre-

vistos en el artículo 247 inciso segundo y 247 bis, del Código Penal según sea el caso, si contravinieren dicha reserva.

Al efecto, quedarán protegidos por el secreto profesional en los términos que señala el artículo 303 del Código Procesal Penal y no podrán ser llamados a declarar en juicio en favor o en contra de ninguna de las partes, acerca de lo visto u oído en cualquiera de los procesos de mediación en que hubieren intervenido, salvo en el caso mencionado en el inciso segundo de la disposición antes citada.

Con todo, quedarán exentos del deber de confidencialidad y de responsabilidad penal derivada de los delitos enunciados en el inciso primero del presente artículo en aquellos casos en que tomen conocimiento de situaciones de maltrato en contra de menores de edad o incapaces, a propósito del desarrollo de la mediación.

*Artículo 81 - Imparcialidad.* Los mediadores serán imparciales en relación con los participantes. Si dicha imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberá rechazar el caso, justificándose ante el tribunal que corresponda.

Los involucrados podrán también solicitar al tribunal la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida.

El pronunciamiento expreso del Ejecutivo acerca del contenido de los principios, que pudieron haber sido sólo enume-

rados, se debe a la necesidad de sentar las bases de una práctica de trabajo nueva y prácticamente inexplorada en nuestro país, y a la vez constituir un referente para futuras legislaciones en otras áreas que busquen promover este mecanismo de resolución de conflictos. Además cumplen con la función de proveer a jueces, abogados, usuarios y distintos operadores del sistema judicial de un conjunto de elementos para interpretar armónica y sistemáticamente distintas normas del proyecto, con el fin de tener una comprensión coherente y consistente de éste.

Como se apreciará, a lo largo del proyecto estos principios van adquiriendo formas concretas de derechos y obligaciones que rigen a mediadores, tribunales y usuarios del sistema. Por ejemplo, el artículo 82 regula una serie de prohibiciones a que están sujetos los mediadores; prohibiciones que no hacen sino, reafirmar el principio de la imparcialidad antes señalado.

#### **AS PRESTADORES DEL SERVICIO DE MEDIACION.**

Esto se refiere más que a los requisitos y exigencias para ser mediador, al lugar desde donde se sitúa la mediación en el sistema de administración de justicia. La opción del Ejecutivo en este punto es ofrecer un servicio de mediación anexo a tribunales, a cargo de profesionales externos al Poder Judicial, separando de este modo, la función propiamente jurisdiccional con la de la mediación, que si bien son complementarias son de diversa naturaleza y obedecen a lógicas distintas.

*Artículo 72.- Prestadores del servicio de mediación.* El servicio de mediación anexo a los tribunales de familia será prestado por las personas naturales o jurídicas que sean seleccionadas a través del proceso de licitación a que se refiere el Párrafo Quinto de este Título.

#### **c) ADMINISTRACION DEL SISTEMA NACIONAL DE MEDIACION.**

El proyecto propone que un ente independiente y especializado se haga cargo de la administración del sistema, es decir, registro de mediadores y de organismos de formación, aprobación de programas de formación, llamados a licitación, contratación y pago de los mediadores, relaciones con los Tribunales de Familia (derivación y homologación) y el ejercicio de funciones de control y fiscalización. Para desempeñar esta tarea, se propone la creación de un Departamento de Mediación dependiente de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

*Artículo 73.- Sistema de mediación anexo a tribunales de familia. La supervisión, control, registro y administración de los recursos del sistema de mediación anexo a los tribunales de familia, corresponderá a la Corporación Administrativa del Poder Judicial a través de un Departamento de Mediación.*

#### **IV. ¿QUÉ MATERIAS PUEDEN SER MEDIADAS?**

El procedimiento para prestar los servicios de mediación propuesto por el proyecto contempla tres categorías de materias,

según sean o no susceptibles de mediación, para lo cual distingue: (a) materias de mediación obligatoria; (b) materias de mediación facultativa y (c) materias de mediación prohibida.

En el primer grupo de materias denominadas de mediación obligatoria se encuentran aquellas relativas al derecho de alimentos, al derecho de cuidado personal y al derecho y el deber de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular, asuntos que tradicionalmente copan los tribunales de menores. De acuerdo a estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) cerca del 80% de las causas que ingresan en la actualidad a los tribunales de menores corresponden a estas tres materias.

Lo anterior se suma al hecho de que - por lo general- estos asuntos son consecuencia de la separación de una pareja y llegan a los tribunales de menores, precisamente cuando los directamente afectados - en este caso, los miembros de la ex pareja - no lograron o no intentaron buscar acuerdos para zanjar sus diferencias.

*Artículo 74. Mediación obligatoria. Las causas relativas al derecho de alimentos, al derecho de cuidado personal y al derecho y el deber de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la presentación de la demanda, el que se regirá por las normas de la presente ley y especialmente por lo dispuesto en este Título.*

Una segunda categoría de materias sueltas a mediación serían las llamadas facultativas, que comprende todas aquellas que, no siendo obligatorias, no se encuentran prohibidas. El proyecto deja en manos del juez la decisión de derivar o no el caso a mediación, para lo cual deberá contar con el acuerdo de las partes involucradas.

*Artículo 75. Mediación facultativa. Las restantes materias de competencia de los tribunales de familia, exceptuadas las señaladas en el artículo siguiente, podrán ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa, hasta antes de la audiencia complementaria mediante resolución que pronunciará el juez, con acuerdo de las partes.*

*En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N° 19.325, sobre violencia intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 56 y siguientes de la presente ley.*

Cabe hacer presente que, de acuerdo al texto aprobado por la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, el proyecto establece una serie de requisitos y resguardos para derivar los casos de violencia intrafamiliar a mediación. Dichos requisitos se establecen en el artículo 56 y siguientes a propósito de la regulación de la conciliación en el procedimiento para asuntos de violencia intrafamiliar. En ellos se señala que tanto el llamado a conciliación como la derivación de un caso a mediación no será obligatoria, de lo que se desprende su carácter facultativo, se establecen además las condiciones en que podrán aplicarse tales

mecanismos y los casos en que será del todo impropcedente hacerlo.

*Artículo 56.- Conciliación.* En este procedimiento, el llamado a conciliación de que trata el artículo 29, N° 3, no será obligatorio.

*Para decretar dicho llamado, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén dispuestas a participar en un proceso de conciliación y de que exista algún grado de reconocimiento de la situación por parte del ofensor. Además, deberá tener en cuenta la capacidad de las partes en conflicto para negociar libremente y en un plano de igualdad, como, asimismo, el peligro potencial de violencia futura.*

*Lo mismo ocurrirá tratándose de la mediación.*

*La conciliación o la mediación, cuando se hubiere dado lugar a ellas, se iniciarán siempre por una o más audiencias privadas con cada una de las partes, a fin de darles a éstas mayor oportunidad de expresarse libremente.*

*Artículo 57.- Impropcedencia de la conciliación y/o mediación.* Sin embargo, si se acredita fehacientemente, nunca procederá la conciliación ni la mediación cuando se acredite por cualquier medio que el demandado o denunciado ha cometido antes actos de violencia intrafamiliar o cuando el denunciante o demandante se oponga a ello.

Finalmente, el proyecto establece una tercera categoría de asuntos en los cuales la mediación estará prohibida, ya sea en razón de la naturaleza de los conflictos de que se trata (asuntos de orden público, como el estado civil de las personas) o bien, por la situación especial de las personas involucradas en ellos (maltrato a niños o a incapaces).

*Artículo 76.- Mediación prohibida.* No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil o interdicción de las personas, las causas sobre maltrato de menores o incapaces, los procedimientos regulados en la ley 18.620 sobre adopción de menores de edad y las causas sobre nulidad de matrimonio y divorcio, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 26 bis y 35 bis de la Ley de Matrimonio Civil.

*Sin embargo, si en estos casos las cuestiones relativas a la tuición, régimen de visitas o alimentos de los hijos, y las cuestiones relativas al régimen patrimonial del matrimonio disuelto o anulado, no hubieren sido resueltas en conjunto con dicha declaración, ya sea por resolución judicial o en forma voluntaria y de común acuerdo por las partes, deberán someterse al procedimiento de mediación una vez ejecutoriada la sentencia, según dispone el inciso segundo del artículo 26 bis de la ley de matrimonio Civil.*

## V. ¿QUIÉNES PUEDEN SER MEDIADORES? REQUISITOS Y REGISTRO DE MEDIADORES

De entre todas las cuestiones que concitan interés respecto de la práctica de

la mediación, la pregunta por sobre quiénes realizarán esta labor, tal vez sea la que genere mayor inquietud en distintos sectores profesionales.

Este interés se explica porque el estudio y la práctica de la mediación viene a constituir en nuestro país una nueva área de trabajo profesional para muchas personas, que por diversas razones ven esta forma de resolución de conflictos - en el futuro, institucionalizada - una suerte de respuesta a la búsqueda de otras fórmulas para resolver conflictos de familia, específicamente para aquellos que llegan a los tribunales de justicia.

Tal como se señalara con anterioridad, el Departamento de Mediación que se creará al interior de la Corporación Administrativa del Poder Judicial será el ente administrador del sistema nacional de mediación, contemplándose dentro de sus funciones el de llevar un Registro de Mediadores de Familia e inscribir a todas aquellas que cumplan con los requisitos que establecerá la ley (artículo 97 y 98).

Para ser inscritos en el Registro de Mediadores de los Tribunales de Familia, el proyecto establece una serie de requisitos que, la experiencia comparada comparte en la mayoría de sus legislaciones y que dan cuenta de una visión amplia y flexible de la tarea del mediador.

*Artículo 98.- Requisitos para ser mediador de familia. Para ser inscrito en el registro de mediadores se requiere:*

1) *Poseer un título profesional*

*en el área de las ciencias humanas y sociales otorgado por alguna Universidad del Estado o por una Universidad o Instituto Profesional reconocidos por el Estado.*

2) *Haber ejercido la profesión por al menos tres años.*

3) *Haber aprobado el curso de formación para mediadores de que trata el Párrafo siguiente de ese Título.*

4) *No estar afecto a ninguna de las inhabilidades que se establecen en el artículo siguiente.*

5) *Contar con una oficina o recinto adecuado para el desarrollo de sesiones de mediación, de acuerdo a las especificaciones contenidas en el reglamento.*

Como se puede apreciar los requisitos apuntan al perfil del mediador en cuanto a la formación y experiencia que éste debe poseer para desarrollar esta tarea. El proyecto opta por mediadores "profesionales", en contraposición de mediadores legos, como ocurre en algunas experiencias comparadas - principalmente en mediación comunitaria - en razón de la naturaleza del conflicto a tratar, de los vínculos afectivos entre los participantes y los efectos jurídicos que se derivan de un acuerdo homologado ante los tribunales de justicia.

Por otra parte, el proyecto busca abrir la práctica de la mediación a profesionales provenientes de distintas áreas del mundo de las ciencias sociales y humanas, dando cabida, por ende, a un amplio grupo de profesiones - por ejemplo, educadores, sociólogos, antropólogos - y no sólo a los profe-

sionales comúnmente vinculados a la problemática familiar - psicólogos, asistentes sociales y abogados - como ha ocurrido en algunas experiencias comparadas.

Por otra parte, se exige una formación especializada en mediación familiar y experiencia profesional previa, de no menos de 3 años. Esto busca perfilar un tipo de profesional que cuente con una formación completa y ojalá continua en el área de familia.

Se exige además que los mediadores cuenten con un recinto u oficina idónea en términos de infraestructura, equipamiento y aspectos administrativos, que ofrezca a los usuarios las condiciones mínimas para llevar a cabo un proceso de mediación en forma adecuada.

El estar inscrito en el Registro de Mediadores de Familia habilitará a estos profesionales a postular a las licitaciones a que se llamen - como se verá más adelante - para hacerse cargo de un número de casos derivados de los Tribunales de Familia. De este modo, cabe precisar que el hecho de la inscripción no implica necesariamente que ese profesional se desempeñe como mediador anexo a los Tribunales de Familia, toda vez que muchas personas inscritas, podrían no postular a las licitaciones a que se convoquen o, habiendo postulado, podrían no ser seleccionados para prestar el servicio requerido.

El proyecto plantea excluir a ciertas personas que no podrían ser inscritas en el Registro de Mediadores por encontrarse en

determinadas situaciones que aparecen como incompatibles con la práctica de la mediación, por ejemplo, personas condenadas o actualmente procesadas por delitos que merezcan pena aflictiva o por actos constitutivos de maltrato infantil o violencia intrafamiliar (art. 99).

## **VI. ORGANISMOS DE FORMACIÓN DE MEDIADORES Y PROGRAMAS DE FORMACIÓN**

El proyecto asume que la formación de los mediadores es la piedra angular del sistema.

Dado que el trabajo del mediador se realiza a "puertas cerradas", en una relación directa entre los participantes y el mediador, es deber del Estado velar porque estos profesionales no sólo alcancen un buen nivel de calificación técnica, sino que además sean idóneos desde un punto de vista ético.

Los programas de formación de mediadores, así como los organismos que pueden ofrecer esta formación, son dos aspectos cuidadosamente tratados por el proyecto. En efecto, para ser inscrito como mediador se requiere contar con una formación especializada otorgada por alguno de los centros u organismos acreditados ante el Departamento de Mediación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

En este sentido, el proyecto establece los requisitos que deben cumplir los organismos que deseen ofrecer formación, contemplándose aspectos relativos al cuerpo docente, a la metodología a emplear, a la experiencia previa en formación de adultos,

entre otros.

*Artículo 102.-Organismos de formación de mediadores. Podrán constituirse como organismos de formación de mediadores, las universidades e institutos profesionales reconocidos por el Estado, acreditados por el Departamento de Mediación.*

*Asimismo, podrán ser organismos de formación aquellos centros de mediación que cuenten con la misma autorización.*

*Artículo 103.- Requisitos para constituirse en organismo de formación de mediadores. Para tener la calidad de organismo de formación de mediadores se requiere contar con:*

*1) Experiencia acreditable de a lo menos tres años en programas de docencia para adultos en el área de las ciencias humanas y sociales.*

*2) Una instancia que permita efectuar las pasantías a que se refiere el artículo siguiente. Con todo, para estos efectos podrán unirse dos o más organismos a través de convenios de acuerdo al Reglamento.*

*3) Un equipo docente de carácter interdisciplinario, en el que existan al menos dos profesionales que acrediten formación en mediación familiar.*

*4) Un programa de formación de mediadores aprobado por el Departamento de Mediación, de acuerdo a los requisitos, contenidos mínimos y metodologías que establezca el reglamento de esta ley.*

De entre estos requisitos llama la atención el énfasis que el proyecto pone en los programas de formación de mediadores de familia (artículo 113 n° 4) como se aprecia, el programa debe ser igualmente aprobado por el Departamento de Mediación cumpliendo, a su vez, con cierto número de exigencias.

El programa de formación no puede ser inferior a 80 horas docentes. El proyecto no dice expresamente si se trata de horas cronológicas o pedagógicas, pero es dable presumir que se trata de las primeras, toda vez que se busca dotar a los alumnos de una formación completa que comprenda un alto conjunto de conocimientos y destrezas. La entrega de los contenidos deberá hacerse mediante una metodología que combine la teoría y la práctica, de modo participativo, ya sea a través de rol-playing, simulaciones u otras actividades similares.

A estas 80 horas teórico-prácticas, debe sumarse la realización de una pasantía, es decir, una práctica supervisada por un mediador experimentado, en donde el alumno pueda irse compenetrando gradualmente con la práctica de la mediación, a través de una participación observante y/o de co-mediación de casos. La pasantía debe contemplar, al menos, diez casos, lo que significa aproximadamente un total de 45 horas de pasantía, si se calcula sobre la base de 3 sesiones promedio por caso, de 1 hora y media de duración cada sesión (4.5 horas x 10 casos = 45 horas).

El proyecto contempla la posibilidad que los organismos de formación se asocien

con centros de mediación en funcionamiento para ofrecer las pasantías.

*Artículo 104.- Programas de formación de mediadores. Los programas de formación de mediadores de los organismos autorizados tendrán como objetivo fundamental entregar a los alumnos los principios, conocimientos, destrezas y criterios necesarios para desempeñarse como mediador familiar.*

*Dichos programas estarán compuestos por una fase teórico-práctica cuya duración no podrá ser inferior a 80 horas y que deberá estar constituida en sus dos terceras partes por actividades prácticas que fomenten la participación de los alumnos.*

*Adicionalmente, formará parte fundamental del programa de formación una pasantía destinada a complementar la formación teórico-práctica consistente en la participación observante del alumno en no menos de 10 casos de mediación, con la supervisión de un mediador experimentado, donde el pasante asumirá responsabilidades en el proceso de mediación en forma gradual.*

Si se suman las horas teórico-prácticas más las horas de pasantía se llega a un promedio aproximado de 125 horas de formación, lo que probablemente está más cerca de un post-título en la formación de post-gradado tradicional que de un diplomado.

## VII. SISTEMA DE LICITACIÓN Y PAGO DE LOS PRESTADORES DE LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN

Los párrafos sexto y séptimo del Título V del proyecto tratan dos aspectos fundamentales de la administración de sistema nacional de mediación. Por una parte, se establece cómo se seleccionan los mediadores inscritos para prestar los servicios de mediación y, por otra, cuál será el monto y la forma de pago de esos servicios.

Respecto del primer punto, el proyecto se inclina por un sistema de selección en base a fondos concursables, a los cuales podrán postular los profesionales que se encuentren inscritos en el Registro de Mediadores de Familia. Para ello, el Departamento de Mediación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial llamará a licitaciones regionales cada tres años.

*Artículo 108.- Selección de prestadores de servicios de mediación. La selección de los mediadores que prestarán servicios a los tribunales de familia, se hará mediante licitaciones a nivel regional, en conformidad a las bases que para este efecto fije el Departamento de Mediación, en conformidad a las disposiciones de esta ley y su reglamento.*

*El Departamento de Mediación llamará a licitación en cada región del país cada tres años.*

*El correspondiente llamado deberá señalar el número de causas que se licitan, el que será igual al proyectado para el próximo período de tres años para la res-*

### *pectiva Región.*

La licitación se resolverá por un jurado, que especialmente se convocará al efecto, conforme a ciertos criterios, a los cuales se les asignará un puntaje determinado. Estos criterios son: (a) número y dedicación de mediadores disponibles, en el caso de las instituciones; (b) experiencia y calificación de los profesionales; (c) soporte administrativo disponible; (d) precio base del servicio; (e) monto de la asignación por transporte; (f) distancia entre la sede de la oficina de mediación y el respectivo tribunal y, (g) accesibilidad de los servicios para los usuarios (artículo 113).

En segundo lugar, cabe hacerse cargo ahora de un tema no exento de polémica en la experiencia comparada y en la literatura especializada: ¿cómo debe remunerarse a los mediadores? ¿por caso? ¿por horas? ¿por casos terminados con acuerdo?

Éstas son algunas de las alternativas que se barajan frente al tema del pago de los mediadores. Países como Argentina han optado por el pago según los acuerdos, en algunos estados norteamericanos, en centros de mediación vinculados a las cortes se cancela por caso mediado, ya sea que terminen o no con acuerdo e independientemente del número de horas trabajadas.

Como puede apreciarse la opción por una u otra fórmula de pago implica una mirada o un enfoque acerca de los objetivos del proceso de mediación. Para quienes la mediación constituye una forma de descongestionar los tribunales de justicia, un proceso será exitoso en la medida que finalice

con un acuerdo y el asunto “salga” del sistema de administración de justicia. En el otro extremo, para quienes el proceso mismo ya es una experiencia valiosa, en términos de reconocimiento de los intereses del otro, de diálogo y participación social, el proceso será exitoso en la medida que los participantes logren comunicarse efectivamente en un clima de respeto y tolerancia mutua, con independencia de la consecución de un acuerdo.

El proyecto de ley de Tribunales de Familia asume en este sentido una postura intermedia que intenta conciliar ambas miradas o enfoques, a través de un sistema de pago escalonado, estructurado en tres etapas, contemplándose en la última etapa un incentivo al acuerdo alcanzado.

*Artículo 116.- Determinación del valor de los servicios de mediación. El valor del servicio de mediación por causa, se determinará de acuerdo a los siguientes criterios:*

1) Pago base: En aquellos casos en que las partes no concurren ante el mediador, o de comparecer solamente a una sesión sin lograr acuerdo de las partes, el mediador recibirá un pago que se determinará en la licitación respectiva, que no podrá ser superior a \$7.967.

2) Pago dos: Tendrá lugar cuando las partes concurren a dos o más sesiones con el mediador, sin acuerdo entre las partes, el mediador recibirá como pago 3.65 veces el pago base

3) Pago tres: Las causas en que las partes llegan a un acuerdo para solucionar el conflicto y sea homologado por el tribunal respectivo, independiente del número de sesiones realizadas, el valor del servicio de mediación será 8,17 veces el pago base”.

El proyecto contempla también normas sobre limitaciones de los precios bases antes señalados, así como de reajustabilidad de los mismos (artículos 117 y 118). Establece también que los pagos por los servicios de mediación se harán en forma diferida, es decir, en pagos parciales (artículo 120).

Especial atención cobra la incorporación de una asignación por transporte - de carácter adicional - contemplada para los mediadores o centros de mediación que se encuentren a más de 40 kilómetros de distancia respecto del tribunal que derivó la(s) causa(s) a mediación (artículo 123 y 124).

#### **VIII. CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LOS MEDIADORES.**

El párrafo octavo del proyecto (artículos 126 a 132) se refiere a sistema de control, reclamos y sanciones de los prestadores del servicio de mediación, tarea que corresponde al Departamento de Mediación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Para ello, el proyecto establece dos mecanismos de control de los mediadores: (a) inspecciones respecto de las instalaciones, procedimientos y otros aspectos del servicio de mediación, las que se podrán reali-

zar sin aviso previo y (b) informes periódicos a que estarán obligados los mediadores en forma anual y cada vez que el Departamento de Mediación se los solicite.

*Artículo 128.- Inspecciones. Las inspecciones a los mediadores se llevarán a cabo sin aviso previo. En dichas inspecciones se podrán revisar las instalaciones en que se desarrollen las tareas, verificar los procedimientos administrativos, entrevistar a los usuarios del servicio y, en general, recabar todos los antecedentes que permitan formarse una impresión precisa acerca del funcionamiento de la mediación.*

*Los prestadores del servicio de mediación no podrán negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos materia de control*

*Artículo 129.- Resultado de la inspección. Al término de cada inspección se deberá emitir un informe, cuyo contenido será evaluado por el jefe del Departamento de Mediación.*

*Artículo 130.- Informes periódicos. Los prestadores del servicio de mediación estarán obligados a entregar los informes periódicos que les solicite el Departamento de Mediación. Deberán, en todo caso, elaborar un informe anual de su gestión en la fecha que se establezca en el contrato respectivo.*

*Si dichos informes no fueren aprobados por el Departamento indicado, se deberán poner en conocimiento de quien los elaboró, a fin de que se efectúen las correcciones necesarias en el plazo de treinta días.*

*Si ello no ocurriere o las correcciones no fueran satisfactorias, se aplicaran las sanciones que establece esta ley.*

Finalmente, se establece que si los mediadores seleccionados tienen alguna conducta que atente contra el buen desempeño del servicio, como por ejemplo, si se detectan irregularidades en la administración de los fondos o si se emitieren informes falsos acerca de su gestión, serán objeto de las sanciones que establece el proyecto: multas, retención del total o parte de los pagos, término anticipado del contrato y/o cancelación de la inscripción en el Registro de Mediadores de Familia (artículo 131 y 132).

## IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

Del breve análisis de la regulación de la mediación contenida en el proyecto de Tribunales de Familia, es posible destacar al menos dos aspectos que parecen relevantes a la hora de diseñar un sistema de mediación como el propuesto.

En primer lugar, la opción de establecer el servicio de mediación fuera de los tribunales. La intención que hay detrás de esta opción está lejos de subestimar la labor que hoy día realizan muchos jueces, asistentes sociales y funcionarios de los tribunales de menores de nuestro país.

Los fundamentos de esta decisión son de carácter técnico. La naturaleza y objetivos de la función jurisdiccional es por definición la de resolver, con una decisión de autoridad, el conflicto que los afectados

someten a conocimiento del juez. El verbo rector de la actividad jurisdiccional es resolver y, en ocasiones, hacer ejecutar lo juzgado, con el auxilio de la fuerza pública si fuera necesario. Esta definición ha dado como resultado, a lo largo de la historia, la elaboración de un proceso de naturaleza confrontacional. En la mediación, en cambio, nos encontramos frente a un proceso en que el verbo rector es "ayudar", colaborar para que los afectados por sí mismos puedan buscar soluciones al conflicto que los entrapa, dando origen a un proceso de naturaleza colaborativo y no confrontacional.

La opción de situar a la mediación como un servicio anexo a los tribunales busca evitar que este mecanismo se vea tentado a ajustar su naturaleza, objetivos y procedimientos a una lógica adversarial propia de un proceso judicial, y a desviar su camino hacia otros fines y por medio de otras reglas.

Un segundo aspecto a rescatar es el cuidado con que se regula la formación de los mediadores. Como se mencionara anteriormente, el proyecto no quiere dejar al azar o a la conjuntura del momento, este aspecto, aún a riesgo de caer en un legalismo extremo.

Experiencias comparadas han dado pie para analizar este punto con máximo celo, buscando conciliar la libertad de enseñanza de un estado de derecho con el surgimiento de una nueva especialización profesional con visos a transformarse, tal vez, en una carrera profesional en un futuro no muy

lejano. Estas experiencias indican que la formación de un buen mediador - técnica y éticamente calificado - no pasa sólo por tener algunas habilidades profesionales o personales determinadas, sino que requiere de un trabajo de entrenamiento para potenciar aquellas que se cree tener y para adquirir aquellas de las cuales se carece, de modo de complementarlas en una suerte de amalgama de habilidades y destrezas.

Es un deber del Estado establecer cánones mínimos de formación para que quienes van a desempeñar esta delicada tarea en el futuro, estén dotados de la mayor y mejor cantidad de herramientas que sea posible.

# MEDIACION FAMILIAR Y DERECHOS DEL NIÑO. UNA APROXIMACIÓN<sup>1</sup>

Felipe Viveros<sup>2</sup>

En primer lugar, agradezco sinceramente la invitación del proyecto CREA de la Universidad Católica de Temuco para participar en este II Congreso Nacional sobre Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, dedicado a los temas de justicia de familia y mediación familiar.

## INTRODUCCION.

La presente intervención tiene como base y telón de fondo la experiencia profesional en que me ha tocado participar en el *Programa Piloto de Resolución de Conflictos Anexo a Tribunales - Mediación Familiar*, del Ministerio de Justicia, en Santiago. Al cumplir dicho Programa cuatro años de funcionamiento, sus integrantes hemos emprendido un esfuerzo de sistematización de dicha experiencia,<sup>3</sup> en el curso de la cual ha surgido la necesidad de dar cuenta de un

conjunto de temas y problemas específicos, extremadamente interesantes, novedosos y desafiantes, los que, por supuesto, hemos debido enfrentar en la práctica diaria de la mediación. Dada la reciente y paulatina inserción en Chile de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, tales temas y problemas plantean dilemas de diverso tipo -legales, psicosociales, de bienestar, etc.-, a la práctica general de la mediación y a la práctica específica de la mediación familiar tal como la hemos ido concibiendo y ejercitando en el contexto nacional.

Uno de esos temas o problemas se refiere al rol de los niños en la mediación, concretamente, las condiciones de su participación en el proceso de mediación. Sin embargo, quisiera reconducir el tópico puntual de la participación de los niños y niñas en el proceso de mediación a un tema mayor que, a mi modo de ver, lo engloba y que permite aproximarnos a él desde una perspectiva adecuada. De este modo, en un momento posterior de esta misma intervención, podré referirme concretamente y con cierto detalle a la participación de los niños en la mediación. Por ahora, como punto de partida, quisiera que el tema de la participación de los niños en la mediación nos permitiera enfocar como tema de fondo el respeto y protección de los derechos del niño en la mediación familiar.

<sup>1</sup> Versión revisada y aumentada de la ponencia presentada por el autor en el II Congreso Nacional sobre Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos "Justicia, Tribunales de Familia y Mediación Familiar, Temuco, 27 y 28 de septiembre de 2001.

<sup>2</sup> Abogado y profesor universitario, Mediador del Programa de Resolución de Conflictos Anexo a Tribunales - Mediación Familiar, del Ministerio de Justicia.

<sup>3</sup> La sistematización del trabajo desarrollado por el Programa de Resolución de Conflictos Anexo a Tribunales del Ministerio de Justicia en el período 1997-2000 puede consultarse en Vargas Pavez, Macarena, ed., *Mediación familiar: Sistematización de una experiencia*, Ministerio de Justicia, Santiago, noviembre 2001.

Como sabemos, la mediación es un mecanismo que procura la resolución de conflictos mediante la búsqueda de acuerdos. Cuando hablamos de mediación familiar, el entendimiento común puede estar refiriéndose a diversos contextos de crisis familiares y de pareja. Por ejemplo, algunos pueden creer que la mediación consiste en tratar problemas de convivencia al interior de la familia, o intentar la reconciliación de las parejas, o resolver cuestiones de derechos y necesidades después de o en el contexto de una separación o divorcio. Estas tres actividades dadas como ejemplos son muy diferentes y, sin perjuicio que, eventualmente, pueden superponerse o mezclarse en una determinada visión de la mediación familiar, nos parece — y en esto seguimos, junto con nuestra propia experiencia como mediadores, la literatura y experiencia comparadas— que, en principio, al hablar de mediación familiar nos estamos refiriendo al proceso dialógico que busca concordar de manera estable los modos de organización que permitan a una familia satisfacer sus necesidades, derechos y relaciones luego de la separación de la pareja o en circunstancias en que esta no está o no ha estado unida.<sup>2</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestra primera afirmación es que el problema de los derechos del niño en la mediación familiar reconduce a la temática más general de los derechos del niño en la familia, lo cual es, a su vez, expresión del tema de los derechos humanos de todos y cada uno de los miembros de las familias dentro de las

relaciones familiares. Es en este contexto o marco que la situación de los niños en los procesos de mediación adquiere relevancia, pues en estos casos los padres están actuando y tratando de generar arreglos especiales mutuamente concordados para regular situaciones nuevas, como una manera de superar la crisis o hacer frente a la ruptura o a la ausencia de convivencia, situaciones en las que un adecuado ejercicio de la coparentalidad ha quedado expuesto a variados riesgos.

A nuestro juicio, el paradigma adecuado al planteamiento arriba esbozado se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, promulgada por el Estado de Chile con fecha 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario oficial el 27 de septiembre de 1990.<sup>3</sup>

Los derechos contenidos en la mencionada Convención han sido incorporados al ordenamiento jurídico chileno en virtud del art. 5° inciso 2° de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado

<sup>2</sup> Desde el punto de vista del derecho internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su art. 19, es decir al «trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas». El Estado Chileno efectuó este trámite el 13 de agosto de 1990.

<sup>3</sup> Véase, Marlow, Lenard, *Mediación familiar: Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Ed. Gramma, Barcelona, 1999.

respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Naturalmente, no es el propósito de esta presentación intentar una argumentación jurídica a favor del fundamento de validez de la CDN en el derecho chileno, ni reducir dicho fundamento al hecho, significativo por lo demás, de su solemne promulgación y publicación como norma positiva obligatoria. Solo vale la pena dejar establecido que, de conformidad con la Constitución, el texto de la Convención es norma jurídica vinculante para el Estado de Chile y también para los particulares, es decir, sus normas obligan a toda persona, institución o grupo (art. 6° Constitución Política del Estado), por lo que constituye un mandato destinado a todo sujeto público o privado del quehacer nacional cuya actividad se encuadre bajo los supuestos normativos de la misma. Con esto, simplemente quiero anticipar que no sólo el Estado está obligado por la Convención en virtud de su responsabilidad internacional, sino que, en el contexto interno, ese mismo Estado y sus organismos y también los organismos, personas y entidades privados, incluyendo los mediadores y las familias deben respetar y promover los derechos del niño.

## **LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

Para conectar los términos del tema de esta ponencia, quisiera destacar tres ideas respecto de la Convención:

1. Del conjunto de su normativa, incluyendo su Preámbulo, puede desprenderse del texto de la Convención, al menos cinco principios fundamentales:

1.1. El *niño como sujeto de derechos*. Por oposición a la formulación tradicional que lo ha considerado como “objeto de protección”. Esta condición tiene que ver con la dignidad y autonomía del niño en tanto titular de derechos y deberes y su consiguiente ejercicio progresivo en función de su edad y madurez. Esta idea fundamental se asocia con el principio de participación, que insta por el ejercicio progresivo por sí mismo de sus derechos y porque se considere el punto de vista personal del niño (ver, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 12 CDN).

1.2. El *interés superior del niño* (art. 3 CDN), entendido como una idea-fuerza que sirve de eje para la interpretación y aplicación del conjunto de normas de la Convención y, más aún, del resto de las normas que componen el ordenamiento jurídico nacional. Tal interés superior debe entenderse dentro de los propios parámetros de la Convención, es decir, remite principal y directamente al goce y ejercicio de sus derechos por el niño.

1.3. El *principio de no discriminación*, que prescribe un trato igualitario de todos los niños, sin distinguir, por ejemplo, entre hijos de familia e hijos irregulares o ilegítimos. En los términos de la Convención, los Estados deben respetar los derechos enunciados en ella y asegurar “su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente

de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquiera otra condición del niño, de sus padres o de sus tutores" (art. 2.1 CDN).

1.4. La *responsabilidad primordial de los padres* en el cuidado y protección de los niños, que presupone que la familia es el elemento básico y medio natural para el desarrollo y bienestar de los niños. La Convención procura preservar y favorecer la convivencia familiar y las responsabilidades parentales para que, precisamente, el crecimiento de niños y niñas se produzca en el seno de la familia (ver, por ejemplo, los arts. 5, 9, 10 y 18 CDN).

1.5. La *especial protección de los niños* ante cualquier tipo de maltratos, abusos, riesgo social o situación de vulnerabilidad. Como se señaló, la Convención no atenúa las responsabilidades de los padres, sino todo lo contrario, al punto que, de conformidad con el sentido natural de las cosas, por regla general, los padres representan y toman decisiones para su cuidado y bienestar, y solo subsidiariamente, para enfrentar situaciones graves, se legitima la intervención del Estado y de otros agentes de la comunidad (ver, por ejemplo, arts. 20, 27.3, 32 y siguientes y 40 CDN).

2. Una segunda idea a destacar se refiere a que, para fines expositivos, los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño pueden ser sistematizados en tres grupos de derechos,

de acuerdo con una nomenclatura acuñada por UNICEF y demás organismos promotores en la época previa a su adopción como instrumento internacional. De este modo, puede decirse que la Convención reconoce la existencia de derechos de provisión, de derechos de participación y derechos de protección. A continuación haremos una muy breve presentación de cada una de estas categorías de derechos.

a) Derechos de provisión. Como su nombre lo indica, los derechos de provisión tienen que ver con los medios y condiciones necesarios para la sobrevivencia y desarrollo integral de los niños en sus dimensiones material, afectiva, moral, etc., partiendo por el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, las libertades básicas y los derechos relativos al sustento, supervivencia y desarrollo, al nivel de vida adecuado, a los alimentos en caso de que los padres no vivan juntos, etc. El art. 27 CDN, referido al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado es un ejemplo importante de esta clase de derechos, de los cuales hay muchos en la Convención.

Los derechos de provisión incluyen entre otras las obligaciones comunes de los padres relativos a la crianza y desarrollo (art. 18 CDN), el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con sus padres (art. 9.3 CDN) -lo que Cecilia Grosman denomina "derecho de comunicación"- y el derecho de los niños

"Grosman, Cecilia P., *Los derechos del niño en la familia*, en Wamerman, Catalina H., comp., *Vivir en familia*, UNICEF - Ed. Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, pág. 95

a la vida privada y a la no ingerencia arbitraria en ella ni en su familia, domicilio o correspondencia, y a no recibir ataques a su honra o reputación.

b) Derechos de participación. Concordante con el principio de autonomía que preside toda la sistemática de la Convención, los derechos de participación aluden al conjunto de derechos que implican la consideración del niño como un agente o sujeto activo de los mismos. En tal sentido, la disposición del art. 12 CDN que se refiere al derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, es una norma rectora que informa el conjunto de la Convención y que prescribe un programa normativo radicalmente nuevo y distinto en el trato que el Estado y demás agentes públicos y privados deben tener con los niños.

En efecto, participar significa ser partícipe, saber, opinar, actuar por sí mismo, cuestión que impacta e impugna fuertemente la concepción predominante en nuestra cultura que ve en los niños, no personas plenas, sino "sujetos futuros", "sujetos potenciales", actualmente deficitarios a quienes les falta completitud y por eso son "adolescentes", cuando la ley no los trata simplemente de incapaces, inimputables o cargas de familia.<sup>7</sup>

Por otra parte, también se considera

<sup>7</sup> Véase, Cillero, Miguel. *Administración de justicia juvenil y Convención de los Derechos del Niño*, en Revista Conflicto, Vida y Derecho N° 6, FORJA, Santiago, diciembre 1990.

derechos de participación a ciertos derechos de contenido económico-social, como el derecho a la asistencia en salud, el derecho a la educación, a la identidad y a la expresión cultural, el derecho a la recreación. Puede incluirse también en esta categoría a un conjunto de derechos que tiene como eje matriz la integración de los niños en circunstancias especialmente difíciles, como es el caso de niños refugiados, discapacitados, privados de su medio familiar, etc. (estos derechos contienen también elementos de provisión y de protección).

c) Derechos de protección. Se trata de un conjunto de derechos que pretende preservar a los niños de situaciones dañinas o peligrosas para su normal desarrollo. De un modo genérico, el art. 19 CDN prescribe el derecho del niño a protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Los arts. 32 al 40 de la Convención desarrollan las exigencias de protección en los casos mencionados y en otros de extrema gravedad como el tráfico y venta de niños, el uso indebido de drogas y la explotación económica o laboral.

Deben considerarse también como derechos de protección los resguardos y garantías en favor de los niños infractores de la ley penal y las garantías procesales y penales que corresponde en tal situación, en particular respecto de los niños privados de libertad o sujetos a internación (lo que se considera como una medida de último recurso) y, en general, respecto de todos los niños que por algún motivo estén separados

de su medio familiar y que por ello requieran la protección y asistencia especiales del Estado (arts. 37 letra b, 40.1 y 20 CDN). Parece evidente, aunque difícil de aceptar para las mentalidades más tradicionales que en todos estos casos la Convención adopta una mirada de protección integral y no de control social. Los niños son esencialmente niños, no "menores delincuentes" ni "en situación irregular", al punto que la finalidad a que compromete a los Estados en estos casos es a la recuperación y reintegración social de los niños que han sido víctimas de cualesquiera formas de abandono, explotación o abuso y que éstos asuman una función constructiva en la sociedad (art. 39 y 40.1 CDN).

3. Finalmente, una tercera idea que quisiera destacar en el marco del tema de esta presentación es que, si uno observa el contenido, el plan y el sistema normativo propuesto por la Convención, puede apreciar que todos los derechos del niño se articulan sobre la base de centrar integralmente la vida, desarrollo y protección de los niños en sus relaciones familiares.

Ya se mencionó más arriba como un principio básico de la Convención el de la convivencia y responsabilidad familiar en el respeto y vigencia de los derechos del niño. Varias disposiciones confirman ese rol primordial y prioritario de los padres y de las familias en la observancia y ejercicio de los derechos de los niños. Por ejemplo, el art. 5 prescribe que "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la

comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

A su turno, el art. 9 CDN señala que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos", excepto cuando, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Del mismo modo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

El art. 14.2 CDN, a propósito del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los niños reconoce ciertas prerrogativas de los padres al disponer que "Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".

En lo referido al derecho a la educación, el art. 29.1.c CDN declara que la educación deberá estar encaminada, entre otros valores, a "inculcar al niño el respeto de sus padres".

Frente al mandato de cumplimiento de todos estos derechos, el Estado tiene un rol subsidiario o complementario de las fa-

milias. Es decir, la Convención prescribe con claridad el deber del Estado de apoyar, complementar o, en caso de falta, sustituir las responsabilidades y deberes que primordialmente se reconocen a las familias. Evidentemente, hay aquí una idea-fuerza de fortalecer las familias y la asunción plena de los roles parentales, sobre la base de atendibles constataciones antropológicas y culturales. La Convención parece estar lejos de identificar dicho fortalecimiento con un modelo particular de familia, por ejemplo, la familia nuclear y legítima fundada en un matrimonio indisoluble. Tal modelo es válido, pero no puede imponerse como modelo único, exclusivo y excluyente.

Aun más, como se ve en la lectura de sus disposiciones, la Convención reconoce la función que cabe a las redes familiares sociales y asistenciales más amplias y a la cooperación de los organismos intermedios o de la sociedad civil y otras entidades especializadas en la tarea de dar cumplimiento efectivo a los derechos de niños, niñas y adolescentes, según puede desprenderse, por ejemplo, de los arts. 19.2 (en materia de protección), 20.3 (en materia de adopción y formas de tuición sustitutiva) y 45 (en lo referido a asesoramiento y asistencia técnica para el examen de la aplicación de la propia Convención).

## **LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

Volviendo al eje central de esta comunicación, cabe preguntarse, y la mediación familiar, ¿cómo respeta o favorece los derechos del niño?

Previo al intento de responder esta pregunta, me parece pertinente hacer dos advertencias que tienen que ver con nuestro sistema legal en materia de familia y niños o “menores”:

1) Puede constatarse que en el contexto nacional, cotidianamente los tribunales y los organismos administrativos aplican la legislación nacional. Los padres que disputan entre sí los derechos y deberes para con sus hijos también invocan normalmente las leyes nacionales (por ejemplo, las referidas al derecho de alimentos, la tuición o las tradicionalmente llamadas “visitas”). Aun en niveles institucionales suele soslayarse el hecho de que el cumplimiento de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye un deber para los Estados y todos sus organismos. Lamentablemente, todavía hay quienes, en niveles de decisión relevantes sobre la vida de niños y adolescentes, piensan que la Convención es un programa inaplicable por utópico o porque no considera las condiciones económicas de los Estados en particular.

2) La constatación anterior se relaciona con una segunda, que la hace más grave, por el hecho que en el sistema jurídico nacional coexiste una legislación anacrónica predominante con una legislación moderna, las que, respectivamente, expresan paradigmas legales contradictorios. Visiones peligrosistas que aluden a los “menores en situación irregular” o, incluso, a los “menores delincuentes” inspiran prácticamente toda la legislación tutelar, confundiendo muchas veces dicho rol tutelar con un rol de control social.

Probablemente, las reformas introducidas al Código Civil y a otros cuerpos legales por la Ley 19.585, llamada "ley de filiación" constituyen el primer esfuerzo sistemático del legislador chileno por integrar más cabalmente el paradigma del niño como sujeto de derechos y de la protección integral de los mismos en el contexto de las relaciones familiares.

Sin embargo, subsiste una incoherencia fundamental, toda vez que la Ley de Menores que, aparte las normas orgánicas y de procedimientos, trata preferentemente la situación de los niños que escapan al ámbito de sus familias, ya sea por ausencia o incompetencia de las mismas o por interés estatal en el caso de las infracciones penales, sigue anclada al paradigma tradicional que entrega facultades exorbitantes a los jueces en lo referido a la protección de los niños.<sup>8</sup> Así, por ejemplo, el art. 32 de dicha ley faculta al juez para tomar las medidas en ella establecidas — que incluyen el internamiento o la privación de libertad — toda vez que estime que el niño se encuentra en peligro material o moral, aun cuando se llegue a la conclusión que no se han cometido hechos delictivos o que al menor no le ha correspondido ninguna participación en ellos.

Hechas las observaciones precedentes, volvemos a nuestra pregunta central: la mediación, tal como se la concibe y practi-

ca en nuestro medio, ¿es congruente con el paradigma de los derechos del niño?

Para intentar una respuesta al menos provisoria a la pregunta señalada, nos valdremos de la sistematización esbozada más arriba que clasifica a los derechos del niño en derechos de provisión, de participación y de protección.

I. Respecto de los *derechos de provisión*, se debe tener en cuenta que en los procesos de mediación familiar, los participantes, normalmente los padres que están viviendo o ya han vivido la ruptura de la vida en pareja, conversan, discuten, negocian y acuerdan cuestiones relativas a sus relaciones con sus hijos y al mareo de regulación que ellas tendrán en el futuro. En ese contexto aparecen como necesidades fundamentales la mantención económica de los niños, los términos de su cuidado personal, crianza y educación, la comunicación con el padre o madre que no vive con ellos, entre los más importantes.

Sobre estos puntos, cabe reconocer que la mediación no es indiferente al devenir e interacción que se produce entre los miembros de la pareja. La mediación y los mediadores son imparciales respecto de las posiciones, intereses y el modo y contenidos como las partes resuelven sus diferencias — ejerciendo ellas mismas autónomamente su capacidad de negociar y decidir. La mediación como mecanismo y espacio de diálogo y resolución de conflictos no prejuzga sobre los resultados a que llegan los padres sobre las necesidades de los hijos y otras materias relevantes. Sin

<sup>8</sup> Véase Cillero Brunol, Migue. Niños y adolescentes. Sus derechos en nuestro derecho, SENAMI, Santiago, 1995, especialmente el capítulo que analiza críticamente la llamada potestad tutelar del Estado, págs. 47 y ss.

embargo, cuando los seres humanos o, en su caso, las sociedades organizadas, crean dispositivos para resolver, en este caso, por vías autocompositivas o colaborativas, los problemas que subsisten luego de una crisis o ruptura conyugal, o los problemas que derivan de la paternidad cuando los padres no asumen una vida en pareja, parece evidente que esos dispositivos están diseñados para que dichos problemas encuentren un espacio de solución satisfactoria y equitativa a los ojos de los propios participantes.

Por lo anterior, creemos que una de las finalidades de la mediación familiar, en particular cuando ella está anexa al sistema legal o judicial (pero también cuando no lo está), es que los acuerdos establezcan básicamente el sustento material y espiritual para los niños, la comunicación con el padre o madre que no vive con ellos, el aseguramiento de los medios necesarios para su crianza, educación y cualquier otro que los propios interesados crean necesario para un adecuado desarrollo y nivel de vida.

El mediador es imparcial ante las partes, no evalúa las opiniones, posiciones e intereses de quienes se plantean en aparente contradicción. Con todo, tanto los padres como el mediador parten del supuesto que su presencia en la mesa de mediación se justifica precisamente porque el mínimo común denominador que los une es el bienestar de los niños y asegurar la satisfacción de sus necesidades, probablemente bajo miradas diversas e incluso divergentes, como solemos verlo en la práctica, e incluso mezcladas con intereses personales, pero aun así, puede afirmarse sin riesgo de error

que la provisión integral de los niños es uno, si no el principal, objeto de atención en toda agenda de mediación.

II. Revisaremos, en segundo lugar, los *derechos de protección*. En párrafos anteriores señalamos que esta categoría de derechos engloba, en general, un conjunto de derechos y garantías especiales a favor de niños y niñas que viven situaciones particularmente difíciles de abandono, maltrato, abuso, explotación, etc., o se encuentran sometidos al poder represivo del Estado, el que actúa como ente responsable del control social (sistema penal) o, como ocurre en varias legislaciones, como agente protector, aun con vulneración de los derechos de quienes declara proteger.

A nuestro juicio, en materia de derechos de protección puede apreciarse en toda su magnitud la grandeza y la fragilidad de la mediación. Es difícil que en los dispositivos previos al proceso de mediación (v. gr. la derivación desde otro centro u oficina de asistencia social o la solicitud directa de los padres) pueda detectarse una situación grave de vulneración de derechos como aquellos que sirven de presupuesto a los llamados derechos de protección de los niños. Sin embargo, si en una dinámica familiar determinada estuviere involucrada una situación grave de abandono, maltrato o abuso y, llevado un caso con esos componentes a mediación, tal situación no fuere puesta de manifiesto por las partes, la praxis profesional de la mediación cuenta con herramientas y recursos suficientes y específicos para detectarlos. Técnicas como el "screening" o las formas del preguntar y,

principalmente, las reglas éticas del mediador o mediadora entregan pautas de conducta para los casos en que más que convenir por los niños el imperativo es protegerlos.

Por lo anteriormente expuesto, puede concluirse que, si bien la mediación familiar no se plantea explícitamente como una invocación a "los derechos de los niños", la disciplina profesional de los mediadores, correctamente ejercida, posee los dispositivos concretos para su resguardo, aun en los casos que, por sus características, no corresponde que sean abordados por la mediación.<sup>17</sup>

En el silencio de los padres y, aun cuando ambos o alguno de ellos confidencian en el proceso de mediación una situación grave de maltrato, abuso o explotación, lo procedente es suspender o interrumpir el proceso, advirtiendo a los padres las implicancias o consecuencias legales que pueden tener las circunstancias del caso. Obviamente, la mediación no está llamada a resolver por mutuo acuerdo de los padres situaciones de esta naturaleza en las que quizás alguno de ellos esté involucrado o tenga algún grado de responsabilidad o en que la situación dañina de los niños esté fuera del control de los padres. Racionalmente, nadie puede pretender que la mediación se haga cargo de esta clase de problemas de severo riesgo social de los niños. Sin embargo, metafóricamente podemos decir que,

cuando situaciones de esta naturaleza llegan por algún azaroso motivo o circunstancia a la mesa de mediación, se produce un cortocircuito y "saltan los tapones" del proceso mediador y éste se interrumpe por expresa determinación del mediador, quien tiene a estos efectos ciertos deberes de denunciar los hechos graves producidos en contra de los niños en caso que tales antecedentes no estuvieren ya en conocimiento de las autoridades pertinentes. Puede decirse que en estos casos la mediación actúa precisamente sabiendo dejar lugar a la justicia.

III. Finalmente, nos haremos cargo de las relaciones de la mediación con los llamados *derechos de participación*, dedicando un mayor espacio a esta materia.

#### **PARTICIPACION, DERECHO A OPINAR Y CIUDADANIA DE LOS NIÑOS.**

Sobre el tema de la participación de los niños en la mediación se ha dado un debate interesante que no ha encontrado una solución definitiva, aunque, creemos, que la misma Convención sobre los Derechos del Niño aporta criterios para ello.

En primer lugar, es importante volver a recordar la norma matriz contemplada en el art. 12 de la Convención, que reconoce el derecho del "niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio" a "expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"

<sup>17</sup> Se trata de casos que, a fin de llegar a mediación, el proceso no debe iniciarse, o bien, si ya se ha iniciado, debe suspenderse o interrumpirse y adoptarse medidas congruentes con la situación específica de vulnerabilidad o desvalidez que se ha detectado.

El inciso 2° de dicho art. 12 agrega:

“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Tras el reconocimiento del derecho de opinión y libre expresión de niños y adolescentes y su adecuada ponderación de acuerdo a su momento o etapa de desarrollo, se conjugan dos pilares que la Convención propone respecto de la consideración jurídica de los niños: los principios de autonomía y de participación. La Convención refuerza especialmente estos imperativos a propósito de los procedimientos formales que la institucionalidad estatal contempla para tratar y decidir el destino de niños y niñas. Puede mirarse el problema como un aspecto clave de lo que algunos han denominado el proceso de construcción de la ciudadanía de los niños.<sup>1</sup>

La pregunta que cabe en este punto es ¿deben, o, mejor dicho, tienen derecho los niños a participar en los procesos de mediación familiar?

Y si la respuesta fuere afirmativa, ¿en qué condiciones y con qué objeto deben asistir los niños a las reuniones en que se desenvuelve el proceso?, ¿deben asistir solos o

acompañados de sus padres?, ¿significando una sola y misma posición con ellos o personificando un interés diferente? En fin, ¿cada niño de a uno o todos los hermanos y hermanas en conjunto? Por otra parte, ¿cuál debe ser la actitud del mediador que escucha y conversa con los niños?

Dicho en otras palabras, si los niños deben ir a mediación, ¿a qué van?, ¿cuál es la finalidad de las entrevistas?, ¿deben intervenir en todas las etapas de la mediación?, en el límite, ¿son los niños y adolescentes también sujetos del acuerdo al que finalmente se arribe?

Como punto de partida para este conjunto de preguntas quizás cabe descartar ciertos objetos o finalidades que, a nuestro juicio, no son propios de la participación de los niños en la mediación. En primer lugar, no nos parece que la participación o presencia de los niños en el proceso de mediación se justifique para fines puramente de observación, diagnóstico o evaluación de los mismos niños o del cuadro familiar. Esta pudiere ser una tentación de los mediadores. Tampoco parece legítimo que la intervención de los niños en mediación sirva a propósitos de prueba o testimonio, confirmación o desmentido de los dichos de sus padres, o que “tomen partido” o sirvan de mensajeros en las comunicaciones de los adultos, generando alianzas y conflictos de lealtad que todos quienes trabajan con familias, y entre ellos los mediadores, sabemos que son absolutamente contraindicados y atentatorios no solo contra el éxito de la mediación sino contra el bienestar y salud general de los sistemas familiares considerados en sí mis-

<sup>1</sup> Véase, entre otros, García Méndez, Emilio, *El derecho a la ciudadanía de los niños*, en Ospina, Hector Fabio y Alvarado, Sara Victoria, comps., *Ética ciudadana y derechos humanos de los niños. Una contribución a la paz*, Ed. Magisterio - CINDI, 2<sup>a</sup> ed., Bogotá, 1998, págs. 91 y ss.

mos.<sup>11</sup>

En segundo lugar, hablamos de participar. ¿Qué significa, en el caso de los niños y adolescentes, participar en la mediación?. Es importante recordar que la participación es un concepto de gran importancia social, política y cultural y que posee un alto grado de variabilidad en sus significados, de acuerdo con el contexto histórico y geográfico de que se trate y la subjetividad de quienes la invocan. Por de pronto, cuando hablamos de derechos de participación en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño nos estamos refiriendo a algo más complejo que a la sola asistencia o presencia física de los niños en la sala de mediación. De acuerdo con los conceptos afinados por las ciencias sociales, existen *niveles* de participación. Participar significa actuar y tener parte en un proceso complejo en el cual la opinión y los intereses propios se ponderan en el conjunto de otras opiniones e intereses intervinientes. Por ello, el nivel más alto de participación es aquel en el cual la decisión colectiva adoptada ha tomado debidamente en cuenta la opinión de todos y cada uno de los intervinientes individuales. En términos más simples puede decirse que participar no significa lisa y llanamente "hágase lo que yo digo", pues la participación implica un proceso colectivo donde hay *otros yo* que expresan expectativas e intereses propios y pugnan por que su cuota de poder se refleje en el producto y beneficios finales. En el otro extremo, par-

ticipar tampoco es asistir y cohesitar pasivamente la decisión de otros. Los niveles de la participación en cualquier proceso social discurren entre los niveles más modestos de estar presente y ser informado y los niveles cualitativamente más perfectos de ser consultado, deliberar y concurrir a la toma de decisiones.<sup>12</sup>

Despejado lo anterior, podemos postular que, en principio, la mediación no se opone sino que más bien propicia la participación de los niños en el proceso en tanto entendemos dicha participación como la oportunidad de expresarse, opinar y ser oídos y que esas opiniones sean tomadas debidamente en cuenta por quienes correspondan. Sin embargo, una respuesta adecuada requiere detenerse un poco más en estos aspectos. La Convención puede ser clara en la enunciación del derecho, pero la realidad de los conflictos familiares puede ofrecer muchas aristas que hacen dificultoso asumir su programa en plenitud. En efecto, podemos arribar a soluciones positivas y matizadas respecto de la participación de los niños y adolescentes en mediación a partir de las propias disposiciones de la Convención (dando una "respuesta de juristas") o, también, como muchos lo resuelven consistentemente, desde las ciencias humanas y sociales (dando una "respuesta de terapeutas"). Nos parece que en este caso,

<sup>11</sup> Kaslow, Florence W., *La mediación en el divorcio y su impacto emocional en la pareja y sus hijos*, en Revista de Terapia Familiar N.° XX, Buenos Aires, agosto 1986, pág. 66.

<sup>12</sup> Véase, Viveros, Felipe, *Participación y solidaridad: caminos de fin de siglo al encuentro de los derechos*, en Fier, Elizabeth y otros, IV Concurso Nacional de Ensayo "Por una cultura de respeto a los derechos humanos", Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, diciembre 1996, págs. 216 y ss.

como en la mayor parte de los desafíos que plantea la mediación, se hace indispensable conjugar e integrar la lógica de los derechos y la lógica de las necesidades.

Quisiera explicar lo anterior partiendo con las pistas que nos entrega la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención propone como criterio de solución, la citada norma del art. 12 en cuanto pone como eje gravitacional del conjunto de derechos de niños y adolescentes su derecho a opinar libremente sobre los asuntos que les afectan, en función de su madurez progresiva, el que incluye el derecho de ser escuchados por los organismos públicos competentes si resulta necesario o adecuado. Sobre esta base, los niños y adolescentes son incluso, sujetos que deben ser oídos (la Convención dice imperativamente que al niño "se dará oportunidad de ser escuchado") en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado que determine la ley nacional (art. 12.2 CDN).

A lo anterior podemos agregar aquellas disposiciones provenientes de las leyes nacionales, que tradicionalmente han estimado que los niños pueden asistir a las audiencias judiciales si el juez lo estima pertinente. El art. 36 de la ley de menores<sup>11</sup> pres-

cribe que el juez "si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber, y al impúber cuando lo estimare conveniente". Es decir, la legislación nacional no ha visto obstáculos de principio para que los niños "participen" en procesos litigiosos donde los adultos discuten sobre sus derechos, dejando en todo caso a la prudencia del juez la procedencia y oportunidad de su citación.

A partir de estos antecedentes dogmáticos, con mayor razón parece posible y pertinente, cuando no deseable, que los niños y adolescentes participen en los procesos de mediación, considerando que esta instancia es un espacio no adversarial y más flexible, menos formal y, por decirlo de algún modo, más "amigable" con las personas que participan en ella y, por ende, menos riesgoso para los niños, en tanto actores más vulnerables de la familia.

Puede sugerirse un argumento adicional a lo anteriormente dicho, que tomamos analógicamente de la Convención sobre los Derechos del Niño, guardando las precauciones que requiere el razonamiento por analogía. Se trata de la disposición del art. 40.3.b CDN, relativa a los derechos de los niños infractores de la ley penal. Esta norma prescribe que "siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

<sup>11</sup> Ley N° 16.618 de 1967. Esta ley ha experimentado diversas modificaciones, las más recientes fueron introducidas por la Ley N° 19.324 de 1994, que modificó las normas sobre el maltrato de menores, la Ley N° 19.343 de 1994 que prohíbe el ingreso de menores de edad a los establecimientos penitenciarios de adultos y la Ley N° 19.888 de 1998 sobre filiación, que adecua

algunas de las disposiciones sobre derechos y deberes de padres o hijos que tienen especial eficacia a nivel procesal (funcion, visitas, salidas al extranjero de los hijos)

Hay, en la citada disposición, un llamado de la Convención a desjudicializar los mecanismos de protección de los derechos del niño en los casos de las infracciones penales. La Convención no hace un llamado similar en las controversias judiciales de carácter civil (aquellas que integran el llamado "derecho de familia"), quizás porque los Estados Partes que aprobaron la Convención simplemente no se representaron expresamente la posibilidad de que los conflictos familiares se resolvieran mediante mecanismos alternativos de carácter cooperativo o consensual. Sabemos que la mediación puede ser "anexa" al sistema judicial, pero ella misma no es un procedimiento judicial propiamente tal. En tal marco de funcionamiento del sistema legal, parece evidente que razones semejantes a las que la Convención tiene en cuenta para querer extraer a los niños de los procedimientos criminales, asistidos para extraerlos en lo que sea adecuado y conveniente, de los procedimientos civiles, siendo preferible, consecuentemente, la intervención por vía de mediación.

Con todo, nos parece que junto con las razones anteriores, el mejor argumento para responder afirmativamente sobre la participación de los niños en la mediación lo proporciona la propia Convención sobre la base de un principio fundamental que se une al referido a la autonomía progresiva como sujeto de derechos. Nos referimos a la participación de los padres como los primeros y prioritarios protectores y defensores de sus hijos.

## **RESPONSABILIDADES DE LOS PADRES Y DERECHOS DE LOS HIJOS.**

Como señalamos al comienzo de esta presentación, los arts. 5, 9, 10, 14 y 18 CDN, entre otros, dan cuenta de la concepción que tiene la Convención respecto del rol primordial y de los derechos, deberes y responsabilidades de los padres y las familias en el respeto y ejercicio de los derechos de niños y adolescentes. Por ello, la afirmación de que los padres son, en la mayoría de los casos, los mejores y más fidedignos representantes del interés superior de sus hijos menores de edad no contradice a la Convención. Este mismo instrumento internacional e, históricamente, antes que ella, las leyes civiles, han llamado a los padres a representar a sus hijos, reconociéndoles su carácter de representantes legales. La noción de autonomía progresiva del niño, es decir, el ejercicio por sí mismo de todos y cada uno de sus derechos de acuerdo con su edad y la evolución de sus facultades es, a nuestro juicio, perfectamente armonizable con el ejercicio de la representación legal.<sup>11</sup>

Como se sabe, la ley civil considera incapaces a los menores de edad, incapaces absolutos los impúberes e incapaces relativos los púberes, también llamados "menores adultos" (mujeres mayores de 12 años y varones mayores de 14 años y ambos menores de 18 años). La representación legal es exigible en el derecho chileno para la actuación civil de los impúberes, bajo sanción de nulidad absoluta de los actos y contratos que no se realicen mediante dicha representación. Respecto de los actos de los menores adultos, la ley los sanciona con la nulidad relativa, es decir, aquella que puede sanarse por el transcurso del tiempo. En este último caso, cabe la posibilidad de la ratificación por el representante legal de los actos ejecutados por los menores. El Código del Trabajo arts. 13 a 18) también contiene normas de habilitación para el trabajo de niños de los 14 años de edad. Los ejemplos anteriores, tomados de la legislación común, demuestran simplemente que esta, para diversos efectos, ha debido tener en cuenta la gradualidad del crecimiento de los seres humanos.

Aun desprendiéndonos del formalismo legal que implica la representación de los hijos, puede afirmarse que por razones naturales, afectivas, éticas o como quiera denominarse, es necesario reconocer a los padres la capacidad y prerrogativa de expresar o exponer del modo más inmediato y fiel los intereses de sus hijos menores. En realidad, el problema es que esto no siempre es así y, aunque la Convención prescribe que el niño se exprese ya sea directamente o por medio de un representante, el ideal que parece reflejarse tras esta discusión es que los intereses de los hijos no se juzguen según el criterio de los adultos ni que éstos sean sus intermediarios.

El dilema queda, entonces, planteado. Evidentemente, se dan casos en que los padres o alguno de ellos no expresan cabalmente los intereses de sus hijos. Cuando ello ocurre —por distorsión, obnubilación u otro motivo—, el mediador tiene los medios para percibir la disonancia. Con todo, me atrevería a decir que tal situación por sí misma no justifica el llamado de los niños a la mediación. Dentro de cierto rango de tensión y fricción tolerables entre los intereses propios del padre o de la madre y los intereses de los niños, no cabe al mediador prejuzgar ni menos objetar, pues existen padres que de buena fe poseen parámetros, hábitos y conductas diametralmente opuestos a los de otros, pudiendo todavía la actitud de unos y otros considerarse como la de “buenos padres” o padres, sin más, sin que los antecedentes den lugar a la intervención autoritaria de un tercero “que ponga las cosas en su lugar”, sea el juez, el mediador o un eventual representante *ad-hoc* de los intereses de

los niños.

En este punto, cabe anotar que hay quienes sostienen que es función del mediador representar a la familia o al interés familiar como una globalidad (por ejemplo, en lo relativo a la preservación y continuidad de la misma después de la separación y, precisamente, en lo relativo a la protección de los niños). Se fundan en la necesidad de considerar los intereses de otras personas afectadas por los acuerdos y que están ausentes o no intervienen personalmente en la mediación ni en otros espacios de negociación. Los casos típicos son los niños y los abuelos. Se afirma aquí un deber ético de los mediadores de promover la consideración de los intereses no representados en el proceso.<sup>13</sup>

Ahora bien, considerando el caso que los intereses del niño no estén bien representados por la vocería de sus padres, ¿bajo qué presupuestos citar a los niños? A nuestro juicio, la clave está en los mismos padres. La Convención reconoce el rol fundamental de los padres en el cuidado de sus hijos y respeta los muy diversos estilos, culturas y modos de ser que poseen las familias, dentro del marco que proporciona el contenido inalienable de los derechos del niño. Es decir, salvando el marco del respeto de los derechos en su esencia, la clave para que los niños asistan al proceso de

<sup>13</sup> Wagneister, Adriana, Mediación familiar, en *Enciclopedia de Derecho de familia*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, pág. 28, citada por Risolía de Alcaro, Matilde, *Mediación familiar: el mediador y los intereses en juego en la mediación*, en Gottheil, Julio y otros, *Mediación: Una transformación en la cultura*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996, págs. 127-128.

mediación parece estar en el acuerdo de sus padres para ello. Dicho de otro modo, no parece evidente aseverar sin más que si los padres no desean que sus hijos vayan a mediación estén vulnerando su derecho a opinión o expresión. La mediación es un espacio institucionalizado pero informal: mientras se desenvuelve el proceso de negociación y acuerdos, los padres, dentro o fuera de la mesa de mediación, pueden conversar y sobre todo oír a los niños respecto de los temas que están tratando. Las modalidades para oír a los niños pueden variar según las costumbres y modos de ser de las familias.

Una mirada diferente, pero complementaria, no enfatiza la presencia de los niños en el proceso, sino la afectación de sus intereses en los acuerdos. Los acuerdos de los adultos que, ejercitando su propia autonomía, regulan las cuestiones familiares, no pueden ser causa de menoscabo de la autonomía de los hijos cuando tales acuerdos los involucren directa o indirectamente.<sup>16</sup>

¿Cómo, entonces, resolver el dilema?

Los practicantes de la mediación y los terapeutas han resuelto el punto (hasta donde es posible responderlo con afirmaciones relativamente categóricas) sobre la base de reglas que condensan un saber empírico y casuístico. Por ejemplo, Eduardo José Cárdenas da un conjunto de buenas razones para hacer procedente la participación de los niños en mediación: sin embargo, paralela-

mente también da otras tantas que la hacen desaconsejable. Según el destacado juez y mediador argentino, la participación de los niños es buena porque cumple con la Convención, personaliza al hijo, permite que éste dé su opinión sobre puntos que lo afectan y que se visualicen sus auténticas necesidades, muestra a los padres su imagen y la imagen que los hijos tienen de sus padres y permite completar el circuito del sistema familiar.

Pero, por otra parte, dicha participación es riesgosa pues puede involucrar a los niños en el conflicto de los adultos, provocar que los niños tomen partido, que éstos o sus padres se sientan mutuamente cuestionados o no queridos, etc.<sup>17</sup>

Dorothy Huntington, tomando en cuenta las necesidades de desarrollo de un hijo, sostiene que éstos necesitan sentir que son parte de la decisión tomada sobre su propio futuro y saber que los términos convenidos por sus padres pueden cambiar porque ellos, los hijos, tienen y expresan necesidades cambiantes.<sup>18</sup> Folberg y Taylor aluden a las formas que los padres tienen de involucrar a los hijos, especialmente desde los 8 a los 18 años, en sus decisiones de divorcio y custodia. Señalan que esto se debe realizar

<sup>16</sup> Cárdenas, Eduardo José, *La mediación en conflictos familiares*, Ed. Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1998, págs. 111 y ss.

<sup>17</sup> Huntington, Dorothy, *Divorce and the development needs of children*, en *Mediation of child custody and visitation disputes*, Association of Family and Conciliation Courts, Institute for Training and Research, 1982, citada por Folberg, Jay y Taylor, Alson, *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*, México, 1997, pág. 181.

<sup>18</sup> *Resolución de Alcaro, Matilde, Mediar en familia: el mediador y los intereses en juego en la mediación*, op. cit., pag. 126.

de tal forma que la toma de decisiones no sea una carga adicional para los hijos, sin perjuicio de chequear sus reacciones antes de la decisión final. Estos autores enfatizan también la condición de que los hijos tengan la capacidad de entender, cognoscitivamente, lo que está pasando. Si los hijos no pueden entender el calendario o secuencia de días, la rutina de cambio en el sistema de visitas se convierte en una amenaza. Desde esta perspectiva, afirman los autores, los hijos pueden ayudar mucho a sus padres, pero previamente necesitan entender sus nuevos papeles y la nueva estructura familiar. Folberg y Taylor concluyen que “es inútil tratar de imponer a los hijos una estructura irritante o un acuerdo imposible”.<sup>19</sup>

A su turno, Cárdenas ofrece un conjunto de recomendaciones y concluye afirmando que la participación de los niños en la mediación es “opcional”, porque siempre es una decisión de los adultos: de ambos padres y del mediador, y que, además, debe ser “ordenada” según cierto encuadre consistente y programado de antemano por el mediador. El autor citado afirma dos ideas importantes: 1) cuando en mediación se tratan puntos que directa o indirectamente afectan a un hijo, su participación *opcional* y *ordenada* será siempre beneficiosa para todos; y 2) la inclusión del hijo debe respetar y reforzar el objetivo de la mediación familiar, es decir, poner a los padres en situación de conducir consensualmente la familia en el momento de su separación como pareja.<sup>20</sup> Nosotros podemos agregar que, aun reco-

nociendo su importancia capital, nadie pretende que el derecho de opinión sea el último derecho que el niño ejerza.

En síntesis, podemos concluir este extenso punto señalando lo siguiente:

1. El mandato de la Convención es que el niño o adolescente pueda expresar libremente su opinión en los asuntos de su incumbencia. Tal sería, entonces, el objeto de su participación en el proceso de mediación y no otro. Es contraproducente llevar a los niños con el expreso o velado propósito de que sirvan como testigos, aliados o árbitros de las intenciones o intereses de sus padres en conflicto.

2. La materialización de tal participación depende de un acuerdo de procedimiento o método de los padres dentro del proceso de mediación. No parece adecuado que los niños asistan contra la voluntad de uno o de ambos padres. El hecho que los padres opten por tratar los temas de arreglo familiar sin la presencia de los niños no significa sin más que se vulnere su derecho de opinión y participación consagrado en la Convención si los padres tienen en el contexto de sus relaciones familiares otros mecanismos para que sus hijos se expresen sobre los asuntos que les afectan. De cualquier modo, resulta difícil que el mediador pueda supervisar adecuadamente esta situación, debiendo, por regla general, respetar la determinación de los padres. En los casos que le parezca necesario, puede el mediador sugerir o recomendar la presencia de los niños, pero no imponerla a los padres y, en casos extremos y fundados, dar por termi-

<sup>19</sup> Folberg y Taylor, op. cit., págs. 180-183.

<sup>20</sup> Cárdenas, op. cit., págs. 146-148.

nada la mediación si considera que con su exclusión del proceso se vulnera un derecho esencial del niño.

3. El rango de edad de los niños es, obviamente, muy variable. La Convención se hace cargo de este punto al consagrar la gradualidad progresiva del ejercicio de los derechos de los niños por sí mismos. Consecuentemente, resulta más pertinente convocar a mediación a jóvenes y adolescentes que a niños de corta edad.

4. Del mismo modo, resulta más pertinente que los niños y adolescentes hablen sobre asuntos en que su opinión sea relevante. Por ejemplo, el tiempo y condiciones de la estadía y comunicación que esperan tener con su padre o madre que no vive con ellos y otros asuntos de su existencia cotidiana tales como sus gustos o preferencias en materia de colegios y educación, religión, deportes, vacaciones y hobbies, entre otros que suelen ser más en cantidad y mayores en complejidad de lo que los adultos creen. No parece pertinente tomarles el parecer sobre los montos o ítemes de su mantención económica, respecto de lo cual de hecho no tienen una perspectiva integral ni ecuánime, ni menos control sobre las decisiones que a ese respecto se tomen.

Ahora bien, si tanto la dinámica psicosocial de los procesos familiares como el paradigma de los derechos del niño recogido en la Convención propician la participación de los niños en la mediación, ¿por qué en la práctica cotidiana de la mediación los niños no son llamados con la frecuencia esperable?

Podemos aproximarnos a las respuestas posibles a esta situación desde dos perspectivas. Una, la primera, es reconocer que muchos mediadores no estamos acostumbrados o, lo que es lo mismo, no sabemos cómo trabajar con niños, cómo hablar con ellos adecuadamente. Simplemente, ejercemos la mediación familiar dando por supuesto que se trata de una cuestión de adultos en la que generalmente se tratan asuntos *relativos a* niños, pero no *con* niños. Los mediadores y mediadoras que provienen desde profesiones tales como la terapia o el trabajo social y que han desarrollado buena parte de sus labores con cercanía a los niños, sin duda podrán aprovechar un aprendizaje ya ganado, pero que en todo caso, siempre es necesario revitalizar y adecuar a los propósitos y condiciones de la mediación. Es probable que quienes provenimos desde la práctica del derecho tengamos un *handicap* en contra, pero un entrenamiento y una práctica de mediación consistentes pueden remediar esto.

Con todo, el *mea culpa* anterior puede ser matizado con el hecho, ya señalado, que la misma Convención reconoce que los padres son los primeros llamados a conducir y guiar la vida de sus hijos menores. Una adecuada interpretación e integración jurídica de la Convención en el derecho nacional no puede llevar a falsos dilemas que extremen el paradigma profundamente humanista de la protección integral de los derechos del niño. Creemos que radicalizar estos derechos es una tarea beneficiosa para los sistemas jurídicos, en particular para uno con dramáticos elementos de rezago como

el chileno, pero ello no puede llevar a desconocer la responsabilidad, dignidad y autoridad de los padres como principales encargados de la crianza, cuidado, mantención, desarrollo y protección de sus hijos, no olvidando que éstos son niños, es decir personas íntegras, pero en pleno proceso de crecimiento y maduración, que para su óptimo desarrollo necesitan precisamente del apoyo y respaldo permanente de sus padres y de la sociedad adulta en general.

La afirmación anterior lleva a otra: que el saber de la mediación familiar - que en buena medida es el saber sobre la dinámica de los sistemas familiares - tiene que actualizarse en la cultura, entendimiento y opiniones de cada pareja de padres respecto de los problemas que afectan a sus respectivas familias. El hecho que los mediadores, por método de neutralidad, sigamos la agenda, relatos y modalidades que los padres adoptan en la mediación no contradice la autonomía y el ejercicio progresivo del conjunto de los derechos fundamentales de los niños. Este mismo imperativo habilita a los mediadores para promover el reconocimiento de las necesidades e intereses de los niños, situando a los padres en una dinámica de colaboración recíproca y de corresponsabilidad en su función de cuidadores y principales acompañantes de su crecimiento.

Lo anterior permite potenciar un proceso creativo de búsqueda de alternativas posibles en que adultos y niños interactúan desde sus respectivas situaciones vitales en la tarea de diseñar, confirmar, modificar y realizar sus planes de vida bajo nuevas y di-

versas formas de organización familiar. De este modo, respetar plenamente los derechos del niño está lejos de prefigurar la antiutopía de la tiranía de los niños<sup>21</sup> y más bien se acerca a un ideal de relaciones armoniosas, respetuosas y justas entre adultos y niños donde también éstos sean plenamente ciudadanos.

<sup>21</sup> Antiutopía imaginada y descrita, por ejemplo, en la novela *El señor de las moscas*, de William Golding, premio Nobel de literatura en 1983.

## EXPERIENCIAS DE MEDIACIÓN EN CHILE.

**Marcela Le Roy Barría**

Coordinadora del Programa Mediación Anexo a Tribunales de Familia en  
la ciudad de Valparaíso

Mediadora Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial  
De la Región de Valparaíso

Profesora Resolución Alternativa de Conflictos  
Universidad Católica de Valparaíso

### INTRODUCCION:

Dentro de las nuevas políticas públicas de justicia, se han asumido los sistemas alternativos de resolución de conflictos, en especial la mediación, como una institución que se constituye en una instancia adecuada para que las personas involucradas en un conflicto jurídico lleguen a un acuerdo cooperativo.

Dentro de este marco, se ha implementado el Programa de Resolución de Conflictos Anexo a Tribunales, el cual depende orgánicamente de la División Judicial del Ministerio de Justicia.<sup>1</sup>

Este programa piloto busca que la inserción de la mediación en nuestro país encuentre el justo lugar entre nuestra realidad sociocultural y la experiencia extranjera, en tal sentido es relevante la circunstancia que esta marcha blanca se haya implementado antes de la dictación de la ley de Tribunales de Familia que la regula y que se pueda incorporar lo aprendido en el Programa Piloto de carácter experimental.

### I.- PROGRAMA DE MEDIACION ANEXO AL PROYECTO SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA.

Dentro de este contexto, la presente exposición tiene como objeto dar a conocer la experiencia de los Centros de Mediación Anexos al Proyecto de Ley de los Tribunales de Familia, es decir, del Programa Nacional, el cual cuenta con un Centro de Mediación en Santiago y otro la ciudad de Valparaíso.

Al describir el programa, debemos señalar que se estructuró sobre la base de dos Centros de Mediación, uno en la ciudad de Santiago y otro en la ciudad de Valparaíso, como ya se mencionó, siendo los casos que se mediaron en un principio sólo derivados desde los Tribunales adscritos al programa, luego desde el año 1999, se abrió el servicio al público en general, es decir, a la demanda espontánea.

Los equipos de trabajo se conformaron con la idea de realizar una intervención interdisciplinaria, contando con abogados, asistentes sociales y psicólogos, lo que se replica en el modelo propuesto por el Proyecto de Ley de Tribunales de Familia.

<sup>1</sup> La Coordinadora Nacional del programa es doña Macarena Vargas Pavez, abogada y mediadora.

A continuación enunciaré los objetivos generales y específicos del Programa, para continuar con la descripción del procedimiento y concluir con la presentación de algunos datos estadísticos de carácter cuantitativos y cualitativos del mismo, constituidos estos últimos principalmente por preguntas efectuadas a los usuarios del servicio de mediación.<sup>1</sup>

### **OBJETIVO GENERAL DEL PROGRAMA:**

El Programa Piloto de Mediación Anexo a Tribunales de Familia, se inició en septiembre del año 1997, siendo su objetivo general el conocer, testear y socializar la aplicación de la mediación en nuestro sistema de Administración de Justicia en materia de familia.

Siendo los objetivos específicos, los que se enuncian a continuación:

- Difundir y sensibilizar a la población y a los usuarios del sistema de administración de justicia acerca del uso y fortalezas de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en materias de familia.
- Ofrecer a la población una instancia de resolución de conflictos cooperativa y no adversarial.
- Testear y validar un proceso de mediación de conflictos en materia de familia.
- Testear y validar un programa de formación y perfeccionamiento de mediadores.
- Testear y validar un sistema de eva-

luación y seguimiento de casos sometidos a un proceso de mediación.

- Establecer las bases para un adecuado funcionamiento de la mediación en coordinación con el Poder Judicial.
- Conformar un equipo interdisciplinario de profesionales de carácter consultivo en aspectos técnicos y de aplicación de la mediación.

### **ETAPAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DERIVACION:**

- Derivación del caso desde los tribunales o actualmente también por demanda espontánea, al Centro de Mediación correspondiente.
- Ingreso, registro del caso y citación de los interesados.
- Proceso de mediación.
- En caso de acuerdo, homologación ante el tribunal.

### **ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS:**

Con el objeto de entregar información estadística, me parece pertinente explicar qué debemos entender por casos ingresados y por casos mediados en nuestros Centros.

Por casos ingresados, debemos entender, aquellos en que uno de los participantes -el solicitante- expresa su intención de iniciar un proceso de mediación, entregando sus datos y los del otro -participante- en el entendido que la mediación la solicita sólo una parte y, debe citarse a la otra, para llevarla adelante. Ocurre que, en algunos casos, esa segunda persona, no obstan-

<sup>1</sup> Estos estudios fueron encomendados al Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, bajo la dirección del sociólogo y profesor universitario Sr. Lirio Barros.

te ser citada, no concurre.

Hablamos de casos mediados en aquellos en que se pudo dar inicio al proceso de mediación, con la concurrencia de todas las partes involucradas.

También debe considerarse que de los casos en que se inicia el proceso de mediación, sólo en un porcentaje de ellos, se logra acuerdo, en otros, simplemente se pone término al procedimiento sin acuerdo.

## ALGUNOS RESULTADOS

Año 1997-2000

Casos ingresados:

1041 Esto es el total de solicitudes de Mediación.

Casos mediados:

661 63% Esto es el número de casos en que se ha iniciado la mediación.

Casos con acuerdo:

350 53% Da cuenta de los casos mediados en los cuales se ha obtenido acuerdo.

## ESTUDIO DE PERCEPCION DE USUARIOS<sup>1</sup>:

De la muestra anterior se procedió a observar, entre otros, los siguientes parámetros:

### Perfil del entrevistado:

En relación a este punto en un primer momento el estudio realizado por el Profesor Luis Barros contemplaba la idea de entrevistarse con ambas partes, esto no fue posible ya que, por haber transcurrido casi un año entre el momento en que la persona había concurrido al Centro de Mediación y el momento en que se efectuaron las entrevistas, varios de los solicitados y/o demandados se habían cambiado de domicilio, por lo que en un segundo momento, se optó por entrevistar sólo al solicitante que, en su mayoría, eran mujeres.

En definitiva, la entrevista se realizó a mujeres, menores de 35 años.

De este universo poseía educación básica o media incompleta el 50% de ellas, eran egresadas de educación media el 25% y tenían educación técnica profesional el otro 25%.

En general, desempeñan actividades remuneradas fuera del hogar, dependiente y de tipo manual.

El perfil del entrevistado guarda directa relación con el perfil de las personas que se acercan solicitando mediación en el tema de familia, luego se podría concluir, que es la mujer la que busca fuera del núcleo familiar formas de resolver los conflictos que les aquejan.

Se estudió también las actitudes de las personas frente a una eventual mediación:

• Aceptan la mediación por deseo de

<sup>1</sup> Estos estudios fueron encomendados al Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, bajo la dirección del sociólogo y profesor universitario Sr. Luis Barros.

evitar un conflicto el 44% de los entrevistados, por evitar un trámite judicial el 29% de ellos.

Significa esto que un porcentaje alto de las personas que optan por la mediación le temen o no desean un conflicto mayor.

Se indagó sobre los temores que se encuentran presentes en las partes al concurrir a una mediación:

- Temen a enfrentar una situación nueva y desconocida el 34% de ellos.
- Temen a enfrentar al otro el 15%.
- Temen a la posible falta de seriedad del mediador (a) el 5%.

Se indagó también acerca de las expectativas de las personas que concurren a mediación:

- De solucionar su problema el 78% de ellas.
- De obtener orientación sólo el 14%.

Este estudio quiso también resaltar el valor de la comunicación en directa relación con la mediación, así se consultó:

- Pudo decir lo que quería, contestando afirmativamente, el 93%.
- Le ayudó a aclarar las ideas al 65% de los encuestados.
- Escuchar al otro tuvo efecto en su relación con el otro, el 40% estimó que tuvo efectos positivos en su relación con el otro.
- Mejoró la comunicación, el 34% de los entrevistados consideró que sí.
- Tuvo impacto negativo, en el 14%

de los entrevistados.

Otra área pertinente de evaluar era el desempeño del mediador(a).

Luego se preguntó, si el mediador facilitó la comunicación:

Un 88% de los encuestados, consideró que la facilitó.

El 12% de los entrevistados estimó que no la facilitó y que tuvo una actitud pasiva y parcial.

El 94% consideró que el mediador inspiró confianza.

El 84% consideró que el mediador no trató de imponer sus ideas.

El 61% consideró que el mediador ordenó las intervenciones de las partes.

En cuanto a la calificación del desempeño del mediador(a).

En esta pregunta se consultó qué opinión le merecía el rol que había desempeñado el mediador (a), manifestando que:

|           |     |
|-----------|-----|
| Muy Bueno | 43% |
| Bueno     | 36% |
| Regular   | 19% |
| Malo      | 2%  |

Cabe mencionar que la calificación negativa no se asocia al hecho de haber llegado o no a acuerdo en la mediación.

Parece pertinente destacar este dato atendido la visión que se tiene de la justicia

actual, luego al incorporar esta forma de resolución de conflicto más cercana a las personas y en la cual juegan un rol protagónico ellas, se refuerza la percepción de los usuarios sobre la labor del mediador.

#### Casos mediados, sin acuerdo.

• Luego de los casos mediados se les preguntó a aquellos que no llegaron a acuerdo los motivos por los cuales no habían logrado una solución, así expusieron que:

- Por razones de exclusiva responsabilidad de las partes el 85%.
- De haber tenido más sesiones, esto igual no habría facilitado el acuerdo el 68%.

• En relación a qué le pareció la mediación también en aquellos casos que no hubo acuerdo se les preguntó:

- Fue una experiencia positiva, el 65% contestó afirmativamente.
- Recomendaría la mediación, el 82% sí lo haría.
- Retomó el curso de la demanda y llegó a una solución, ya sea sentencia o avenimiento. El 74% de las personas que salieron sin acuerdo de la mediación, solucionaron su problema por las otras vías recién señaladas.

#### Casos mediados, con acuerdo.-

En relación a los casos mediados y en los cuales se logró acuerdo, se estudió si:

- Frente a problemas posteriores, las partes

han podido conversar y solucionar los de esta forma, un 71% lo ha podido hacer.

- La mediación se presentó como un aporte positivo, un 93% contestó afirmativamente.
- Mejoró la comunicación, el 43% respondió que sí.
- Recomendaría la mediación, un 100% de las personas con acuerdos cumplidos la recomendarían.

Resultados alcanzados, en las mediaciones con acuerdo.

Un 66% de las personas que iniciaron el proceso de mediación logró acuerdo, desglosándose según la materia de la siguiente manera:

- Alimentos 88%
- Visitas 43%
- Tutición 5%

Los mayores acuerdos se produjeron entre los menores de 30 años, el 81% de ese universo llegaron a acuerdo.

También se puede establecer que se dieron mayores acuerdos entre las personas de mayor nivel educacional, así quienes contaban con:

- Sólo educación primaria llegaron a un 57% de acuerdo, en el caso de contar con educación media, obtuvieron acuerdos un 64% de los entrevistados.
- Y aquellos que tenían Educación Técnica Profesional, el 75% llegó a

acuerdo.

Este nivel de acuerdos es considerado como positivo por el equipo de mediadores, teniendo presente que se trata de una experiencia pionera en nuestro país y que conlleva por cierto implícita un cambio cultural en la forma de resolver conflictos familiares.

La estadística presentada pretende dar a conocer, a grandes rasgos, qué ha sucedido en el tiempo de vida de nuestro programa e ilustrar al lector sobre la evaluación realizada por los usuarios del servicio prestado por los Centros de Mediación Anexos a Tribunales de Familia.

La sistematización global del programa se presentará con fecha 30 de Noviembre del presente año, fecha en la cual se lanzará un libro que contiene la descripción detallada del mismo.

## **II.- CENTRO DE MEDIACION DE VALPARAISO DE LA CORPORACION DE ASISTENCIA JUDICIAL DE LA REGION DE VALPARAISO .**

Me corresponde en esta oportunidad igualmente presentar el Centro de Mediación de Valparaíso de la Corporación de Asistencia Judicial de dicha Región.

### **RESEÑA DEL CENTRO:**

Este Centro fue creado en el año 1996, con profesionales abogados, asistentes sociales y psicólogos, desde sus inicios se convirtió en un lugar de reflexión sobre mediación, discutiendo temas tales como el rol del mediador, formas de medir la eficacia de la

mediación, necesidad de homologación y/o escrituración de los acuerdos y la necesidad de contar con asesoría letrada por parte de las personas que recurren a mediación.

Así se fueron estableciendo lineamientos de carácter general en una primera etapa de existencia del Centro, constatando que es necesaria una reflexión permanente sobre el tema, a efecto de entregar un servicio adecuado a los requerimientos jurídicos sociales y necesidades de los usuarios.

### **CARACTERISTICAS DE NUESTRA INTERVENCION EN MEDIACION:**

Atendido el tiempo que debo ocupar en la exposición me detendré tan sólo en dos temas: características que destacan en la intervención en nuestro Centro y actividades que ha realizado el mismo.

- En cuanto a los rasgos que ha caracterizado nuestra intervención en mediación puedo afirmar que existe un gran rigor en la búsqueda de la voluntad de las partes, potenciando la autodeterminación de las personas, creyendo en que ellas son capaces de solucionar su problema mediante la proposición de acuerdos creativos y sustentables.
- Otra característica es el rol que se le asigna al mediador, quien se presenta como un facilitador en la comunicación de las personas que participan en el proceso de mediación, teniendo un protagonismo real quien ha concurrido a la mediación.
- Resulta pertinente destacar que en la mayoría de los casos solicitamos a las partes que se asesoren jurídicamente a objeto

de que celebren un acuerdo informado con claro conocimiento de cuáles son sus derechos, de tal forma que opten por una salida negociada bajo la convicción de que es lo más conveniente en el caso, más aún teniendo presente que el acuerdo logrado tendrá efectos jurídicos.

- El centro actualmente no media en materia de violencia intrafamiliar, no obstante se considera que es una materia susceptible de ser abordada con un modelo de intervención especializado.

#### **ACTIVIDADES DEL CENTRO DE MEDIACION DE LA CORPORACION DE ASISTENCIA JUDICIAL DE VALPARAISO:**

Destacan como principales actividades del Centro, en primer término, el ofrecer servicios de mediación, tanto en materia de familia, conflictos vecinales, de propiedad, particiones y contratos, la capacitación, difusión e implementación de programa de pasantías, actividades de las cuales brevemente me paso a explicar.

- **Capacitación:** Nuestro equipo se ha fortalecido en el área de capacitación en mediación, así se ha capacitado, entre otros, al Servicio Nacional de Menores en Santiago, a la Fundación de Asistencia legal de la familia en Santiago, participando también en la implementación de ese Centro de Mediación, a la Corporación de Asistencia Judicial de Iquique. Este año 2001 también se ha realizado una capacitación a funcionarios y profesionales en Isla de Pascua.

- **Difusión:** En cuanto a la difusión se han organizado ya dos Jornadas sobre Mediación y Políticas Públicas, las cuales se han realizado en el Congreso Nacional, las que tienen por objeto no sólo difundir la mediación sino, también, crear un espacio de discusión y reflexión sobre el tema a nivel nacional, contando en ambas oportunidades con expositores extranjeros que nos dieron a conocer sus experiencias en el tema en Argentina, Costa Rica y Uruguay.

Por último, dentro de este año se ha iniciado la **Implementación de un Programa de Pasantías**, que en una primera etapa permitirá practicar a las demás funcionarios de nuestra Institución que se encuentran capacitados, para posteriormente el 2002, ofrecer pasantías a mediadores ajenos a nuestra Institución, no obstante haber ya realizado pasantía durante el año 1999 a dos profesionales de la Fundación de Asistencia Legal de la Familia.

Nuestro centro se encuentra abierto frente a nuevos desafíos y estamos seguros que la mediación es un tema que poco a poco se está consolidando en el mundo jurídico-social, luego debemos seguir reflexionando sobre ella y ser rigurosos y serios en nuestro diario quehacer en esta interesante materia, que se presenta como una forma humanizadora de resolución de conflictos.

## CENTRO DE MEDIACIÓN DE SANTIAGO “EXPERIENCIA Y DESAFÍOS FUTUROS”

**Jorge Burgos Pizarro**  
Psicólogo y mediador

El primer antecedente del Centro de Mediación de Santiago lo constituye la labor de conciliación pre-judicial<sup>1</sup> que históricamente han realizado las asistentes sociales a través de la sección social de la Corporación de Asistencia Judicial. Esta función de conciliación desempeñada por dichas profesionales en los años 1992 y 1993 fue objeto de un estudio que es justamente el antecedente del actual Centro de Mediación.

Dicho estudio arrojó que del total de casos ingresados durante 1990, el 22,8% terminó con un acuerdo extrajudicial. Algo similar ocurre en 1991, alcanzándose cerca de un 18% de acuerdos<sup>2</sup>. En cuanto a las materias los mayores porcentajes de acuerdos se obtienen en el tema vivienda (8,46%) y conflictos conyugales y alimentos menores (8,21%). Es, sin duda, este interesante potencial de arreglo extrajudicial de conflic-

tos lo que se pretende potenciar y mejorar con la creación del Centro de Mediación de Santiago.

Al partir, en mayo de 1996, como un programa piloto, el Centro en su primer año de funcionamiento fue monitoreado y evaluado por el Ministerio de Justicia para, posteriormente, pasar a formar parte de las instancias permanentes de la Corporación. Probablemente el Centro de Mediación no hubiera sido posible de no haberse dado un proceso de “modernización” de la institución fuertemente impulsado por el Ministerio de Justicia en el marco de políticas públicas de mejoramiento del acceso a la justicia de los sectores pobres y estudios diagnósticos sobre las falencias de la Corporación, que se han traducido fundamentalmente en la inyección de recursos adicionales y en la estandarización y objetivación de criterios y políticas institucionales.

Dicho contexto “modernizador” y una cierta legitimación de la mediación como alternativa de mejoramiento de la justicia, avalada fundamentalmente por la difusión en nuestro medio de experiencias comparadas, contribuyeron a que en la institución se pudieran generar las condiciones necesarias para la instalación, primero como programa piloto y después en forma permanente, del Centro.

<sup>1</sup>La CAJ se organiza en dos secciones de trabajo: social, a cargo de asistentes sociales, y cuya finalidad es recibir consultas, orientar, derivar y citar a las partes para intentar llegar a un acuerdo; y judicial, a cargo de abogados y postulantes. Esta institución realizó durante los años 1992 y 1993 con el apoyo de CPU un estudio denominado “Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos en la Sección Social de la CAJ” cuyo objeto fue el análisis de fichas estadísticas de la Sección Social de diversos consultorios de la Región Metropolitana.

<sup>2</sup> Las cifras aumentaban considerablemente si se calculan en relación al total de citaciones cursadas.

Por la valoración positiva del desempeño en el Centro de Mediación, la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana promueve y facilita la formación de otro Centro en la zona nor-poniente de Santiago y la suscripción de un convenio con la Ilustre Municipalidad de Las Condes para la implementación de un programa de mediación vecinal y familiar vinculado a sus centros comunitarios. Estas dos experiencias nacen con el apoyo del Centro y son una respuesta creativa que se adapta a situaciones contextuales específicas de carácter local. También el Centro tiene responsabilidad en la creación de otros similares a nivel nacional.

Una característica que distingue la labor del Centro de Mediación de Santiago, aunque no excluyente, es la resolución de variados tipos de conflictos o materias.

El equipo profesional del Centro de Mediación de Santiago está conformado en la actualidad por una abogada coordinadora, dos asistentes sociales mediadoras, un psicólogo mediador, una técnico social encargada de la recepción de las personas, una secretaria y un postulante de derecho. Esto hace que la interdisciplinariedad sea una de las mayores fortalezas del equipo, pues le permite ampliar la mirada, diversificar y favorecer el abordaje integral de los conflictos llevados a mediación. Sumado a esto, contamos permanentemente con alumnas de la carrera de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile quienes, con su práctica e investigaciones, han permitido al equipo contar con valiosa información respecto de nuestra labor como mediadores

y de la percepción de nuestros usuarios.

Con todo, luego de cinco años y medio de labor, creemos, como equipo, que se ha logrado un cierto nivel de consolidación tanto interna (a nivel institucional), como externa (entre pares y en vínculos con redes más amplias).

Esta *autopercepción* está reflejada de alguna manera por indicadores que se recogen en extenso en el documento "*Sistematización de la Metodología del Centro de Mediación entre los años 1996-2000*". (que esperamos esté publicada en los próximos meses) entre los que cabe destacar la cantidad de casos atendidos y mediados, el origen de las derivaciones de los casos, los porcentajes de acuerdos obtenidos en las distintas materias que atiende, el trabajo de las técnicas empleadas y el modo de hacerlo entre otras.

Especial importancia asigna el equipo en esta percepción a la capacidad de transferir la experiencia y especialmente la metodología que ha desarrollado el Centro en los últimos años. Ello se ha materializado en la realización de pasantías y talleres de capacitación a futuros mediadores donde un elemento central ha sido el contar con una experiencia cotidiana intensa.

Esto y el compromiso institucional actual con el tema, nos hace plantearnos para el mediano y largo plazo un conjunto de nuevos desafíos que hemos agrupado en tres áreas y que deseamos compartir con ustedes, a saber:

1. Mejorar y diversificar el servicio ofrecido a través del Centro de Mediación.

2. Aportar a la experiencia nacional en mediación por intermedio de la difusión, capacitación y práctica de futuros mediadores, contribuyendo de esta forma a la generación y puesta en marcha de una política pública que posibilite la aplicación masiva de estos mecanismos, y

3. Articular mejor el sistema de mediación con otro tipo de intervenciones para, por una parte, clarificar el “nicho” de la mediación, y por otra, mejorar las redes sociales, especialmente en justicia.

Con respecto a nuestro primer desafío, esto es, mejorar y diversificar el servicio de mediación, creemos necesario abrir nuevas instancias o entregar nuevas respuestas a los requerimientos de las personas. Es así como estamos proyectando, como líneas exploratorias para un futuro próximo, la instalación de un servicio al estilo *multipuertas* (como ha sido llamado en otros países), concepto basado en la necesidad del sistema de justicia de ofrecer varios caminos para resolver conflictos como complementos del sistema formal jurisdiccional, el cual tiende a crear un proceso más coordinado e integrado que un simple proyecto anexo al sistema de administración de justicia. La idea es que éste no sólo entregue la mediación como un sistema de resolución de conflictos, sino también una instancia de apoyo psicológico, que complemente y apoye la labor de mediación. Todos los que trabajamos en el tema de la mediación familiar sabemos que en muchos casos se hace nece-

sario el apoyo terapéutico, ya sea previo a la mediación o durante el proceso como complemento, que fortalezca y permita a los participantes potenciar sus recursos personales para, de esta manera, hacer frente con mejores herramientas a los requerimientos de la mediación. Esta intervención sería acotada a los temas que tienen que ver con el conflicto a mediar y no se trata de una psicoterapia más profunda que tenga que ver, por ejemplo, con la reestructuración de la personalidad.

Así, con el objeto de diversificar y brindar una mejor atención a nuestros usuarios, estamos impulsando la realización de este Proyecto de Intervención Psicológica, cuyo objetivo general está orientado al fortalecimiento de uno o ambos participantes y así puedan abordar sus conflictos más libremente y en igualdad de condiciones en el proceso de mediación.

Una de las premisas básicas en mediación es el principio de respeto a la autodeterminación de las personas, este valor implica promover los procesos por los cuales ellas deciden por sí mismas lo que les conviene y lo que desean. Para ello deben estar en condiciones psicológicas y emocionales que le permitan tener cierto nivel de claridad respecto a cuál será la mejor decisión para llegar a un acuerdo justo, satisfactorio, con sentido de realidad y flexibilidad.

Con el objetivo de evaluar la necesidad de implementar el presente proyecto, se han realizado entrevistas a personas que han participado del proceso de mediación en materia familiar, cuyo resultado ha sido el

acuerdo, atendidas en el Centro de Mediación de Santiago. Los resultados arrojan que la totalidad de las personas encuestadas expresaron la conveniencia y la necesidad de contar con una instancia de apoyo y fortalecimiento psicológico que las habilite para la toma de decisiones.

Esta intervención estaría basada en algunos conceptos básicos de la Terapia Estratégica Breve la cual considera los siguientes principios:

- No patológica: Esto es, no considera el problema como un defecto, sino como un estancamiento que persiste en los intentos de solución.
- Orientado hacia los síntomas: Se focaliza en éstos, considerando innecesario conocer las causas.
- Pragmática: Centrada en qué y cómo hacer para alterar los patrones de comportamiento que mantienen el problema.
- Orientado hacia objetivos: Se fijan criterios de cambio, se establecen metas concretas específicas, explícitas, medibles, factibles, que impliquen un cambio mínimo. Tratamiento hacia la dirección positiva.
- Directiva: El terapeuta tiene una posición activa y se responsabiliza por las consecuencias de las metas.
- Estratégico: Es el terapeuta quien específica lo que ocurre durante la terapia y quien selecciona los procedimientos, corrige y evalúa constantemente.
- Breve: Ya que es una terapia de resolución de problemas, busca alcanzar sus objetivos en el menor tiempo posible. Basta un pequeño cambio para poner en acción un nuevo circuito de interacciones que lleven

a nuevos cambios.

Lo anterior aún está en una etapa propositiva y estamos trabajando, en conjunto con la Escuela de Psicología de la Universidad de Chile, en la elaboración del proyecto para hacerlo realidad en el mediano plazo.

Por otra parte, y también orientado a diversificar la oferta de servicios de resolución de conflictos, estamos sondeando y explorando la posibilidad de crear una oficina de arbitrajes para aquellos casos, no familiares, que requieran de este sistema, el cual nos permitirá incorporar y abordar aquellos casos en que los participantes, de acuerdo a su voluntad o al tema específico de conflicto, prefieran este tipo de sistema.

El segundo desafío, que ya está en práctica, dice relación con el aporte que, desde lo experiencial, podemos hacer como equipo. Es así que, desde el año 1999, hemos implementado un sistema de pasantías para profesionales de las ciencias humanas que poseen una capacitación teórico-práctica en mediación. En esta línea el Centro ha asumido una realidad que ha estado presente en la mayoría de los cursos y diplomados realizados en nuestro país y que no contemplan la pasantía como una de las etapas de la capacitación. Esta labor tiene por objetivos, entre otros:

1. Vivenciar, en situaciones reales, cómo se desarrolla un proceso de mediación
2. Aprehender el ritmo y modalidad de este proceso.

3. Vincular a los distintos profesionales a la labor de interdisciplinariedad que caracteriza a la mediación.

4. Entender cómo intervienen las variables axiológicas en el trabajo del mediador (principios éticos y valóricos entre otros).

5. “Desaprender” aquello que es propio de cada disciplina y que dificulta la labor en un proceso de mediación.

6. Incorporar y poner en práctica las diversas técnicas y destrezas propias de esta disciplina.

Es importante destacar, de acuerdo a reportes y comentarios de los mismos pasantes, dos hechos, tal vez anecdóticos, que nos llaman la atención. Primero, la percepción de quienes llegan que la labor del mediador es más sencilla de lo que es en la práctica, y segundo, que varios de los pasantes no desean dar por terminada su pasantía.

Hasta la fecha son varios los profesionales de distintas áreas que han realizado esta pasantía, que cuenta con 10 a 12 mediaciones completas en las que gradualmente el pasante va adquiriendo las destrezas y técnicas necesarias para desarrollar posteriormente la mediación. Contamos con una estructura definida que tiene tres etapas: primero el pasante realiza la observación participante. En ésta se observa la labor del mediador experimentado y se toma nota de las acciones de éste en una pauta especialmente diseñada para estos efectos. Luego se da un paso más y el pasante inicia la mediación e interviene como co-mediador, intentando poner en práctica algunas de las técnicas y destrezas aprendidas y obser-

vadas anteriormente. Finalmente, y cuando cuenta con los recursos y habilidades necesarias, el pasante realiza la mediación con la supervisión de un mediador habilitado, quien, de ser necesario, apoyará directamente la labor del pasante en esta etapa.

Cada uno de los pasos mencionados anteriormente son trabajados previamente a la mediación y fundamentalmente al término de cada sesión entre mediador y pasante, con el objeto de corregir intervenciones, apoyar lo que se encuentre débil y reforzar aquello que fue positivo.

Paralelamente a la pasantía, los pasantes deben llevar un registro pormenorizado de los casos en un libro de registro especialmente habilitado para estos efectos. En él deben consignar antecedentes del caso, tipos de intervención utilizados, dificultades y todo aquello que permita una reflexión posterior, tanto individual como en interacción con el mediador.

Un tercer desafío que nos hemos planteado, tal vez el más teórico de los tres, tiene que ver con los temas valóricos que están presentes en toda intervención de mediación. A esto lo hemos llamado Marco Axiológico Explicito.

Creemos que toda intervención de este tipo esta sustentada en valores desde la perspectiva de adhesión, tales como el creer en el diálogo, en la colaboración de las personas que participen en el proceso, en la dimensión positiva del ser humano como la buena fe, en la posibilidad de crecimiento y cambio de las personas y en la responsabili-

dad por los más débiles y carentes entre otras.

Sin embargo, lo anterior no agota las posibilidades de contemplar ciertas variables axiológicas como la Convención de los Derechos de Niños y Niñas, el respeto por la diversidad, por el derecho a la autodeterminación y tantos otros que, por evidentes, no son explicitados en nuestros procedimientos y actuaciones.

Pero, ¿debe la mediación, en definitiva, contar con este tipo de variables axiológicas?, ¿Terminaríamos con la autonomía de las personas si los mediadores utilizan como axiomas algunos conceptos o convenciones valóricas?, ¿hasta dónde puede influir la persona del mediador en las decisiones de los participantes?,

Todas estas son preguntas que nos rondan y que están estrechamente ligadas a códigos éticos profesionales que tal vez sea necesario debatir y reflexionar, sin la intención de homogeneizar criterios, sino de poder poner en el tapete algunos temas de interés para todos quienes estamos en la tarea de la mediación.

## EL PATCHWORK DE UNA MEDIADORA

**Núria Villanueva Rey**

Psicóloga - Mediadora

Centro de Psicología y Mediación

Granollers (Barcelona) España

Miembro de la Asociación Catalana para el  
Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje



### ABSTRACT:

**E**ste documento pretende mostrar el mosaico de conceptos, autores y eventos relacionados con la mediación que sustentan, modulan y enriquecen el ejercicio profesional del día a día de la autora. Se muestran diferentes formas de abordar la mediación familiar, escolar y la penal. Se plantean algunos temas que suscitan debate en mediación. De forma sucinta se describe la situación de la mediación en Cataluña y España. Y por último, se adjunta una bibliografía no publicada en grandes editoriales, pero sí escrita por profesionales de reconocido prestigio en «lo local» que al andar abren caminos para todos.

### INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años, en concreto desde el 1995, que entré en el mundo de la mediación para, con toda probabilidad, seguir en él durante mucho tiempo. En ese momento, sentí una atracción especial por esta disciplina y la atribuí a mi procedencia académica más específica, la Psicología Social. Craso error. Cuando inicié un curso como docente, ya sea de nivel divulgativo o de nivel universitario, sé con toda seguridad que voy a encontrarme posteriormente con buena parte de los participantes en todo tipo de eventos relacionados con la me-

diación. Y nada tiene que ver que procedan de una u otra profesión. Así pues, la mediación fascina a quien se acerca a ella, y ustedes, querido auditorio, adivino por su presencia que no han podido sustraerse a ella.

En junio de 01, recibí la visita de trabajo de dos agradables mediadoras del Centro CREA. Cito esto, debido a que tengo la sensación de haber recorrido un largo camino en estos últimos años, casi tan largo como Barcelona - Temuco y que, sin duda alguna, ha sido tan emocionante como el estar hoy aquí compartiendo lo que sé de mediación. Gracias a todas las personas que lo han hecho posible. Y gracias a ustedes por escucharme.

El patchwork es una antigua técnica de coser pequeñas piezas de tela entre sí creando una preciosa pieza mayor llamada Quilt. Las texturas de las telas, los colores y diseños reflejan un crisol de tradiciones y creencias, identificándose este tipo de labor con modos de vida de los pueblos. En algún tiempo, se llevaban a la práctica quiltings en casos especiales: edredones nupciales, labores colectivas para regalar a un amigo y, colchas denominadas de «libertad» que se ofrecían a los varones con ocasión de su mayoría de edad.

Y, como este es un caso muy especial, permítanme compartir mi patchwork en mediación y mostrarles mi Quilt Mediador actual con el deseo de que les sea de alguna utilidad.

## LA FORMACIÓN EN MEDIACIÓN FAMILIAR SISTÉMICA

Aunque he tenido la oportunidad de formarme con muy buenos profesionales, mi principal base teórico-práctica se debe a mi paso por la Escuela de Terapia Familiar de Sant Pau de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Aunque la cita sea un poco larga, veamos cómo define la propia escuela su programa de formación:

« Desde 1994, el Programa de Mediación Familiar de la Escuela de Terapia Familiar del Hospital de Sant Pau<sup>1</sup> intenta consolidarse como un programa de formación específico dirigido a profesionales del ámbito psicosocial y jurídico, con o sin formación sistémica previa».

..... «El programa, de 400 horas de duración, pretende integrar los criterios definidos por el Fórum Europeo de Mediación, construyendo un perfil formativo del mediador que enmarque su intervención en los conflictos familiares. La ubicación dentro del espacio de la escuela de terapia familiar supone una base conceptual encuadrable en el modelo sistémico. Estas características contextuales y epistemológicas permiten la posibilidad de un núcleo teórico común con la formación psicoterapéutica, pero con una especificidad técnica diferencialora, que nos autorizan a pensar en la mediación como un proceso formativo autónomo para profesionales sin una base terapéutica previa, al mismo tiempo que como una especialidad dentro de la formación general de terapia familiar».

Impartir la formación en un contexto como el que hemos definido precisa la existencia de opciones prácticas en las que los alumnos, en un primer momento, puedan acceder en directo a sesiones dirigidas por los didactas y, posteriormente, a sesiones dirigidas por ellos mismos con supervisión. Una vez más, esta necesidad requiere un espacio de intervención diferenciado que entendemos como un servicio de atención a parejas en procesos de separación y/o divorcio, en cualquiera de sus múltiples fases y cualquiera que sea la intensidad del conflicto, dirigido a facilitar el logro de los acuerdos necesarios, ya sea para reorganizar y legalizar una situación, o simplemente, para seguir viviendo.

Desde un concepto amplio de mediación, aplicable a la práctica y a la formación, este servicio puede atender tanto demandas voluntarias, surgidas de las propias partes en el conflicto, como derivadas por abogados y profesionales psicosociales o, en el extremo, solicitadas a petición judicial. En cualquiera de los casos, la mediación familiar es un procedimiento que centra sus objetivos en mantener o devolver el poder para tomar decisiones al subsistema parental y, por tanto, pretende lograr los máximos niveles posibles de voluntariedad y autonomía de las personas implicadas en el conflicto.

Pensamos que en el contexto del Hospital de Sant Pau, el programa de mediación puede definirse como un espacio complementario al judicial que absorbe los conflictos en su nivel más afectivo, tal vez el más olvidado en un litigio, que facilita a cada miembro del sistema la continuidad más sana posible en la evolución de su ci-

<sup>1</sup> Información: Escuela de Terapia Familiar, Hospital de Sant Pau de Barcelona, E-mail: [terepia@hsantpau.cat](mailto:terepia@hsantpau.cat).

elo vital tras la ruptura conyugal y que, en el caso de los hijos, garantice la posibilidad de seguir teniendo unos padres que hagan de padres aunque permanezcan separados como parejas».

... «Desde la epistemología sistémica, la mediación familiar es un proceso interaccional en que una parte de la familia, en colaboración con alguien externo a ella, busca acuerdos que afecten a todo el sistema familiar. El foco de la intervención suele estar centrado en el sub-sistema parental que, separándose como pareja, pretende sentar las bases para la necesaria reestructuración del sistema consecuente con la ruptura conyugal. Se manejan especialmente las decisiones que afectan a los hijos con el objetivo de prevenir el posible malestar generado por su implicación en la separación de los padres. Además la mediación también es aplicable a cualquier proceso conflictivo que pueda presentarse en otros sistemas psicosociales y en cualquier tipo de organización relacional».

Aunque doctorada en psicología social, cuando llegué a Sant Pau no procedía ni de la corriente sistémica ni del campo estrictamente terapéutico. Hoy en día no sabría decir cuanto sistémico y cuanto terapéutico emerge en mi práctica cotidiana de mediación.

### **LA ASOCIACION CATALANA PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE (ACDMA)**

Por decirlo de alguna manera, me formé en Sant Pau y eché a andar en ACDMA. Y es por ello que les explico un poco la historia y actividades de esta aso-

ciación.

El año 1993, a iniciativa de diferentes profesionales del campo de la abogacía, la psicología, la judicatura y el trabajo social, se constituyó, sin ánimo de lucro, la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje.

Actualmente, ACDMA tiene alrededor de unos 150 socios procedentes de diversos ámbitos profesionales de Cataluña, que se agrupan en diferentes Comisiones de Trabajo, como FAMILIA, PENAL, COMUNITARIA, ESCOLAR y SANITARIA.

El objetivo de ACDMA es desarrollar, dar a conocer, crear opinión y fomentar los diferentes métodos y procesos alternativos de gestión de conflictos, como vías no judiciales en las que las partes solucionan sus diferencias para llegar a acuerdos con la ayuda de un tercero neutral.

ACDMA mantiene contactos de colaboración con diferentes organismos institucionales y colegios profesionales, como por ejemplo, los colegios de abogados, de psicólogos, de trabajadores sociales y con el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, entre otros, y organiza y participa en jornadas, sesiones de trabajo, estudios, fóruns y otras actividades que se realizan en Cataluña, España o en otros países, con la finalidad de trabajar y fomentar la implantación de los métodos alternativos de gestión de conflictos en el ámbito privado, judicial o institucional.

Así mismo, ACDMA organiza periódicamente Cursos de Formación de primer nivel en Mediación Familiar y Mediación Escolar. Y por otro lado, ofrece talleres de prácticas en diversos aspectos concretos de la mediación.

Amás, ACDMA se dotó del que quizás puede considerarse primer Código Deontológico de España en mediación.

ACDMA edita la revista «ACORD», que aparte de ser el medio de comunicación e información de actividades para sus socios, en cada número publica 1 ó 2 artículos que desarrollan específicamente algún aspecto concreto de la mediación.

Desde hace más de un año, ACDMA ha establecido un convenio con el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, por el cual un equipo de mediadores (entre los que me cuento) prestan servicios en la Jurisdicción Penal Ordinaria, también llamada Mediación Penal Adultos. Los resultados de la experiencia durante el año 2000 pueden consultarse en [www.gencat.es/justicia/dgmpaj/progmed.htm](http://www.gencat.es/justicia/dgmpaj/progmed.htm).

Otro servicio a destacar de Acdma es el de Puntos de Encuentro. A partir de una visita a Beziers en 1996, se formó un equipo en la Comisión de Familia que consiguió que en marzo de 1999 se iniciara la Experiencia Piloto de este servicio a partir de una subvención. A la vista de los resultados positivos, el equipo decidió la continuidad del servicio hasta la actualidad. El Punto de Encuentro es un espacio neutral que posibilita el cumplimiento del régimen de visitas entre el niño y su progenitor no custodio, cuando en una situación de separación y divorcio se presentan dificultades para poder llevarlo a cabo de una manera más normalizada. El Punto de Encuentro se plantea los siguientes objetivos: el restableci-

miento de los lazos parentofiliales, reducción de los efectos negativos del incumplimiento del régimen de visitas, la prevención de nuevos litigios, y la sensibilización e información de los órganos judiciales y sociocomunitarios (Calderer, 2001). El servicio es gratuito para los usuarios y actualmente se presta en dependencias del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Pero cabe añadir, que si bien hasta ahora ha podido funcionar gracias a la colaboración gratuita de los profesionales que atienden el Punto de Encuentro, se estima la necesidad de establecer un convenio de colaboración con alguna institución que garantice la continuidad (Recurso, 2000). Por último señalar que en estos momentos, equipos de varios países de Europa están llevando a cabo los trabajos previos necesarios para crear un Foro Europeo de Puntos de Encuentro Familiar.

Y en este mes de septiembre, se ha iniciado la actividad del Centro de Mediación de ACDMA con los objetivos de llevar a cabo mediaciones en el campo familiar, comunitario, escolar, vecinal, comercial, laboral, penal, sanitario o cualquier otro que pueda ser idóneo a todas aquellas personas o entidades que lo soliciten. Si bien el servicio prestado es privado y por tanto, los honorarios de los mediadores son costeados por los usuarios en su totalidad, se pretende al mismo tiempo encontrar la posibilidad de concertar convenios de colaboración que faciliten un uso extenso de la mediación quedando más al alcance de la mano de la población en general. Me gustaría destacar que los mediadores y mediadoras de este centro acogieron con gran interés la conferencia

«El Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CRE-A» ofrecida por Doris Silva y Alejandra Cid en julio de este año.

## LA CAJA DE HERRAMIENTAS

Voy a mostrarles mi pequeña colección de herramientas que hoy por hoy, me acompaña en mis tareas mediadoras cotidianas.

### Una definición de conflicto

Pienso que la definición de conflicto que hace Marín Suárez (1996) es muy útil para los/las mediadores/as familiares: «El conflicto es un proceso interaccional, que se da entre dos o más partes, en el cual predominan las interacciones antagónicas, donde las personas que intervienen lo hacen como seres totales con sus acciones, pensamientos, afectos y discursos, que se caracteriza por ser un proceso co-construido y que puede ser conducido por las partes o el la mediadora. En resumen, es un proceso complejo».

Otro logro de esta mediadora es la distinción que hace entre conflicto y problema.

«Un conflicto es un proceso, una incompatibilidad entre las partes que nace, crece y se desarrolla, y que a veces puede morir o bien quedarse estacionario. Un problema es un desacuerdo, una dificultad, una crisis, que admite una solución.

Ejemplo: Un matrimonio que se divorcia por diferencias ideológicas, puede tener problemas a los cuales hay que dar una

solución: con quien vivirán los hijos, la división de los bienes... Pero el proceso conflictivo es probable que continúe: antigua relación de la pareja, relaciones entre las familias de origen...»

### Trabajar desde las capacidades en lugar de partir de los déficits

Aldo Morrone (1998,1999) sostiene que los profesionales de ayuda siempre empezamos preguntando sobre lo que va mal, buscamos información sobre los déficits o handicaps, en lugar de preguntar sobre lo que funciona o funcionó en algún tiempo. Es decir, propone que lo importante es poner al descubierto las potencialidades o recursos que las personas poseen para resolver su problema.

Esta propuesta estaría especialmente indicada cuando las partes deben continuar relacionándose como es el caso de familia y vecinos. Yo suelo trabajar con esta herramienta en los conflictos entre vecinos, en los que con frecuencia se detecta una etapa de convivencia intensa y pacífica previa a la situación de conflicto. En tales casos inicio la mediación con esta hipótesis de trabajo:

«Si las partes, durante un tiempo tuvieron recursos para convivir en armonía, en la actualidad continúan teniendo esos recursos para resolver su conflicto, y como mínimo, conseguir una nueva relación de trato personal correcto».

Esto supone dedicar las primeras fases de la mediación, no a que las partes ha-

blen de cual es el problema y de sus vivencias ante éste, sino de como era su vida cuando convivían sin problemas y en armonía.

Si no existe esta etapa previa de convivencia pacífica, también dedico un tiempo, de duración generosa, a identificar aspectos actuales que funcionan construyendo espacios de encuentro entre las partes, los cuales abren espacios más complejos para enfrentar los temas más difíciles.

### **Algunas metáforas que ayudan en mediación**

También podemos iniciar una mediación con otra propuesta de Morrone (1997):

« Uds. pueden enfrentar esta situación como si jugaran una partida de póker (nadie enseña las cartas, se lanzan faroles, unos ganan y otros pierden...) o bien pensar desde el punto de vista de construcción conjunta de un puzzle (se pone la tapa con el dibujo a la vista de todos, se reparten las piezas por colores, se buscan las esquinas, todos ganan... )»

Y por supuesto, poco nos ayudará el pensar o explicitar frases del tipo:

- «Quién pega primero pega dos veces».
- «No importa quién gane los primeros 100 metros sino quien resista toda la carrera».
- «Esto es como una guerra: hay que estar siempre en guardia».
- «El que parte y bien reparte, se queda la mejor parte».

### **Parentalidad y conyugalidad**

Contribuye a pacificar situaciones de separación y divorcio, el ayudar a la pareja a comprender que, si bien, su relación como cónyuges ha finalizado, la relación parental

va a continuar, porque ellos van a seguir siendo el padre y la madre de sus hijos.

En otras palabras, se trataría de centrarse en la función parental para sentar las bases de la reestructuración consiguiente a la ruptura conyugal, teniendo especial dedicación a las decisiones que afectan a los hijos (Borras y Bolaños, 1998).

### **Sacar a los niños del medio de la disputa**

El primer objetivo de Lía Mastropaolo (1998) cuando inicia una mediación es «sacar a los niños del medio de la disputa de los padres». Por eso, a diferencia de otros mediadores, siempre invita a los niños al primer encuentro, aunque luego no participen del resto de sesiones. En este encuentro, el padre y la madre tienen oportunidad de sorprenderse escuchando cuanto saben del conflicto sus hijos y lo que sufren ante este. Al mismo tiempo, la mediadora, les dice a los niños que los padres han elegido un camino respetable y pacífico como la mediación para resolver las dificultades de la separación, en lugar de la pelea en los tribunales. De todos son bien conocidas, las implicaciones jurídicas y psicológicas que una separación, conflictiva o no, conlleva para los hijos (Baiget, 2000; Monjo, 2000).

### **Y más sobre la definición de conflicto**

El modelo de Moore sobre conflicto permite afrontar el conflicto en mediación familiar desde la multicausalidad, tal y como muestro en el siguiente cuadro (Villanueva, 1999).

### CAUSAS CENTRALES DE CONFLICTO SEGÚN MOORE

Problemas de relaciones entre las personas.  
Se debería a:

- fuertes emociones negativas,
- percepciones falsas o estereotipos
- escasa comunicación
- conductas negativas repetitivas

Problemas de información.

Surgirían cuando:

- a las personas les falta información para tomar una decisión correcta o constructiva.
- existen diferentes opiniones acerca de que parte de la información es la relevante.
- cuando se interpreta de forma distinta la información disponible

Intereses incompatibles o percibidos como tales.

Relacionados con:

- Que cada parte cree que para satisfacer sus necesidades hay que sacrificar las necesidades del otro.
- Intereses sustantivos: dinero, tiempo, recursos...
- Intereses de procedimiento: métodos para resolver el conflicto.
- Intereses psicológicos: percepción de confianza, juego limpio...

### EJEMPLOS DE CAUSAS HABITUALES DEL CONFLICTO EN FAMILIA

- Odio, agresividad... entre los cónyuges por expectativas no satisfechas, frustraciones...
- Se atribuye al otro malas intenciones basándose en suposiciones...
- Hace tiempo que no hablan para evitar discusiones
- Cotidianidad de gritos e insultos, falta de respeto, apodosos despectivos...
- La pareja suele desconocer quién puede ayudarles en su problema o bien resistirse a pedir esa ayuda.
- Tienen información suficiente para tomar una decisión, pero uno, por ejemplo, sólo piensa en términos monetarios, y el otro, en términos de tiempo invertido.
- Tras la consulta a un experto (abogado a, psicólogo a, médico, fiscalista...) el problema persiste porque cada uno escuchó una cosa.
- El padre y la madre perciben que quieren lo mismo y al mismo tiempo: los niños, la casa, el coche... y que lo que cada uno gana, es porque el otro lo ha perdido.
- Diferentes presupuestos para elaborar la pensión alimenticia o la compensatoria.
- Diferente percepción del tiempo que pasan los hijos con el cónyuge con quien no conviven.
- Mientras uno prefiere un juicio y que el juez le dé la razón, puede que el otro prefiera acuerdos privados.
- Ambos necesitan un clima de confianza, pero atribuyen al otro el que no exista.

|  |  |
|--|--|
| <p><u>Fuerzas estructurales.</u><br/>Estarían provocados por</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• pautas destructivas de comportamiento o interacción.</li> <li>• la desigualdad del control, la propiedad o la distribución de recursos.</li> <li>• la desigualdad de poder y autoridad.</li> <li>• los factores geográficos, físicos o ambientales que estorban la cooperación.</li> <li>• las restricciones de tiempo.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Malos tratos físicos o psicológicos entre los miembros de la familia.</li> <li>• La ley favorece económicamente a uno de los cónyuges (escritura de propiedad del piso, trabajar sin contrato en negocio familiar... etc.)</li> <li>• Se da una relación de víctima-verdugo entre la pareja.</li> <li>• Tienen trabajos y horarios distintos y poco compatibles.</li> </ul> |
| <p><u>Problemas de valores.</u><br/>Relacionados con:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• sistemas de creencias incompatibles o percibidos como incompatibles.</li> <li>• diferentes modos de vida, ideología y de religión.</li> <li>• imponer por la fuerza un conjunto de valores sobre otros.</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La pareja difiere en cómo educar a los niños, a qué tipo de escuela deben ir, qué es una dieta sana...</li> <li>• Divergencias en cómo gastar el dinero, utilización del tiempo libre, idea de qué es una familia...</li> <li>• Creencia de un cónyuge de la superioridad de sus valores, sintiéndose legitimado para «salvar» al otro, o insultarlo...</li> </ul>          |

Otras aproximaciones al conflicto útiles para los mediadores pueden encontrarse en Redorta (2000) y Alzate (1998).

### **Y por último, el modelo AHORA**

Fruto de nuestra experiencia (Villanueva & Monjo, 1998 y Villanueva, 1998) hemos desarrollado un guión de proceso de mediación en 5 pasos que hemos llamado AHORA, que adapta propuestas de Alzate (1999a), Butts (1998), Lederach (1996) y Uranga (1998).

Es un modelo creado para el entrenamiento de jóvenes en los centros de educación secundaria, pero que creemos de utilidad también como guía de iniciación en la mediación en general.

|          |                 | <b>TAREA PRINCIPAL</b>  | <b>HERRAMIENTAS</b>  |
|----------|-----------------|---|--|
| <b>A</b> | Abrir           | Las partes en conflicto han de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• conocer y valorar el proceso de mediación como un método útil para gestionar el conflicto que las enfrenta.</li> <li>• entender que el problema es de todos, que no hay culpables.</li> <li>• decidir si inician o no el proceso, comprometiéndose a respetar las normas y valores de la mediación.</li> </ul> | Pasos de la mediación.<br>Valores de la mediación.<br>Requisitos de la mediación.<br>Reglas de la mediación. |
|          | Hablar          | Las partes en conflicto han de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Poder exponer cada una el problema tal y como lo ve, vive y siente.</li> <li>• estar en silencio cuando el otro habla.</li> <li>• han de dirigirse a los mediadores y no hablar entre ellas.</li> </ul>  | Empatía.<br>Mensajes yo.<br>Preguntas abiertas.<br>Agenda de temas.  |
| <b>O</b> | Oír<br>Escuchar | Las partes en conflicto han de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• oír escuchar el conflicto tal y como lo ve, vive y siente la otra persona.</li> <li>• ponerse en el lugar del otro.</li> <li>• entender las diferencias de percepción de la realidad.</li> </ul>   | Valoración positiva.<br>Reformular<br>Escucha activa.<br>Agenda de temas.                                    |
|          | Rehacer         | Las partes en conflicto han de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• salir de sus posiciones.</li> <li>• buscar cambios, soluciones, propuestas... que recojan las necesidades e intereses mutuos.</li> </ul>   | Salir de las posiciones.<br>Lluvia de ideas.<br>Toma de decisiones.<br>Agenda de ideas.                      |
| <b>A</b> | Acordar         | Las partes en conflicto han de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• escoger aquellos cambios y soluciones que por consenso valoren como más constructivos.</li> <li>• redactar acuerdos justos y realistas.</li> <li>• diseñar un seguimiento de estos acuerdos.</li> </ul>  | Concretar<br>Consensuar.<br>Agenda de acuerdos.<br>Seguimiento.  |

Los apartados tienen anexada una ficha que desarrolla cada paso del proceso, son en total 6 páginas que acompañan a los mediadores noveles en sus primeras mediaciones.

## HISTORIA DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

Todos los textos de mediación que conozco en España coinciden en señalar a Antonio Coy como pionero de estas prácticas y autor, junto con otros, del primer artículo sobre este tema aparecido en el año 1986.

Apoyándome en Redorta (1996) y en el mismo Coy (2000), destaco los siguientes eventos del desarrollo de la mediación en el estado español.

a) La creación de los primeros 17 Equipos Psicosociales en los Juzgados de Familia en 1983, facilitó que psicólogos y trabajadores sociales asesorarán a los jueces sobre medidas que afectan a menores cuyas familias están inmersas en procesos contenciosos de separación y/o divorcio.

b) Entre los años 1986 y 1987, cabe destacar las primeras prácticas de mediación familiar de Coy en los Juzgados de Familia de Murcia gracias al apoyo de la Junta de Abogados de Murcia.

c) En 1987 se crea el Centro Gernika Gogoratuz, orientado a la mediación y la investigación, situado en el País Vasco.

d) En 1990 el Juzgado de Familia 14 de Barcelona, con Pascual Ortuño como magistrado e Ignacio Bolaños y Marian Menéndez, psicólogo y trabajadora social respectivamente, como miembros de uno de los equipos psicosociales, inician la experiencia de fomentar la mediación en los procedimientos contenciosos. Esta experiencia es la que conduce a la eclosión de la mediación familiar en España, sobre todo en Cataluña.

e) Año 1991, Trinidad Bernal inició un servicio de Mediación Familiar en el

Centro de Psicología APSIDE. Recibió una subvención del Ministerio de Asuntos Sociales, y sigue funcionando en la actualidad, como desde el principio, con carácter extrajudicial y gratuito para el usuario, también en Madrid, con carácter extrajudicial, público, y subvencionado por la Dirección General de Acción Social del Menor y de la Familia, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, empezó a funcionar el Servicio de Mediación Familiar de la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF). Seguido a esto último se fundó la Asociación Interdisciplinaria Española de Estudios de Familia (AIEF).

f) En 1992 se inició la experiencia en mediación y reparación a la víctima en el ámbito de la Justicia Juvenil.

g) En 1993 la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje inició sus actividades.

h) En 1994 comenzó a funcionar el Programa de Mediación Familiar de la Escuela de Terapia Familiar del Hospital de Sant Pau.

i) En 1995 se celebró en Madrid el Fórum Mundial de la Mediación.

j) En 1996 el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco puso en marcha el primer Servicio de Mediación Familiar del País Vasco. Es un servicio público y gratuito para los usuarios. No es extrajudicial, pues funciona de forma complementaria a los juzgados de familia.

k) En 1998, el Código de Familia de Cataluña reconoció la mediación como medida claramente mejor que el proceso contencioso, y pidió al legislativo catalán que elabore una Ley específica sobre la media-

ción familiar.

l) En 1999 se celebró en Barcelona el Primer Congreso Internacional de Mediación Familiar con un éxito notable, tanto de participación como de muestra de ponencias y comunicaciones de alto interés.

m) Y ya en marzo del 2001, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley de Mediación Familiar de Cataluña.

### **LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE CATALUNYA**

El 15 de marzo de 2001 se publicó la Ley de Mediación Familiar de Cataluña que tiene por objeto regular la mediación familiar como medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos para evitar el inicio de procedimientos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados, o bien reducir su alcance. Principalmente, esta ley regula la mediación familiar relacionada con la consecución de los acuerdos necesarios para la regulación no contenciosa de la ruptura de la pareja, es decir, los relacionados con la separación y el divorcio. Por tanto, los temas a tratar tendrán que ver con el ejercicio de la potestad, la custodia de los hijos, el régimen de visitas, los alimentos, y si es necesario, la atribución del domicilio familiar, la pensión compensatoria, etc.

Por este motivo, se crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña que, con la colaboración de los Colegios Profesionales, dispondrá de un listado de profesionales expertos en mediación que podrán ser abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales y pedagogos. Todos

estos profesionales deberán estar colegiados y en ejercicio, acreditar una formación específica en mediación y una experiencia profesional.

La mediación familiar pública que contempla esta ley es de aplicación a personas con vínculos familiares que quieren evitar un procedimiento judicial y tienen, al menos una, derecho a asistencia jurídica gratuita. O bien, para personas inmersas en un procedimiento judicial, tanto si tienen derecho o no a asistencia jurídica gratuita. Si ninguna de las partes tiene derecho a justicia gratuita y quieren evitar un juicio, se podrán dirigir, como hasta ahora, a los mediadores familiares del ámbito privado, los cuales quedan adscritos al código deontológico de los colegios profesionales y regulados por el régimen sancionador que prevé la ley.

#### **Esta ley se estructura en cinco capítulos:**

«El capítulo I establece las disposiciones generales que deben regir la actuación del Centro de Mediación Familiar de Cataluña y de los servicios de mediación familiar dependientes de los Colegios profesionales o de estos mismos Colegios profesionales; las funciones que deben cumplir; los ámbitos de aplicación de la mediación; las personas legitimadas; la titulación y la formación de las personas mediadoras, respecto a las cuales la presente ley opta por el modelo simple o unipersonal; la naturaleza de los acuerdos, priorizando el interés superior de los hijos, y los requisitos de acceso a la gratuidad del servicio.

El capítulo II está dedicado a la re-

gulación de las características de la mediación familiar: La voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y el asesoramiento técnico de que deben disponer los mediadores. Las dos primeras características garantizan, respectivamente, la libertad y la intimidad de las partes, y las otras dos garantizan la calidad del servicio. Finalmente, el carácter personalísimo de la institución mantiene la coherencia con el aludido retorno a las partes del poder de alcanzar por ellas mismas la solución del conflicto.

El capítulo III regula el desarrollo de la mediación y establece una tramitación muy simple, que permite limitar su duración y evitar que se pueda utilizar como un mecanismo dilatorio de la separación y el divorcio.

El capítulo IV crea los Registros de personas mediadoras, que son las únicas que pueden ejercer la función de mediación regulada por la presente Ley.

El capítulo V establece el régimen sancionador.»

El texto de la ley ha suscitado comentarios y argumentos bien diversos, de los que cabe destacar los análisis del mismo por parte de Villagrasa y Vall (2001) y de Montijano (2001).

Buena parte de profesionales han mostrado su recelo y sus dudas ante el gran protagonismo otorgado a los 5 colegios profesionales de las disciplinas señaladas para ejercer de mediadores. En este sentido, vale la pena reflexionar si la mediación es sólo

una herramienta de trabajo más de estos profesionales, o bien, la mediación supone la creación de una nueva profesión con todos sus matices y diferencias en función del campo de aplicación (Gimeno, 2001).

## EXPERIENCIAS EN MEDIACIÓN

### Mediación familiar (MF)

La experiencia de mediación familiar intrajudicial llevada a cabo en los Juzgados de Familia de Barcelona es una de las más relevantes en España. El análisis y reflexión sobre las 583 intervenciones llevadas a cabo entre 1989 y 1998 dieron como fruto, entre otras, conclusiones como que la MF incrementa la comunicación y estimula la responsabilidad parental, previene la aparición de nuevos litigios y favorece el cumplimiento de las medidas judiciales, y a más, que el marco de los juzgados de familia es un contexto adecuado para desarrollar una actividad mediadora (Bolaños, 1999 b). No obstante, no hay que olvidar que lo primero que pensamos cuando estamos ante una separación contenciosa es que estamos ante un caso difícil de mediar, con una relación basada ya en los escritos de los abogados que muestran los aspectos más negativos del otro progenitor, lo cual contribuye a la escalada y al mantenimiento del conflicto (Menéndez, 1999). Sin embargo, y en palabras de Ortuño (1999): «una vez judicializado el conflicto contencioso, la oportunidad de dar a las partes una nueva oportunidad de recomponer sus diferencias presenta, lejos de lo que puede parecer, un porcentaje considerable de posibilidades de éxito».

Cabe destacar también en España la

experiencia del Servicio de Mediación Familiar del País Vasco (Loza y Osma, 1999) y la del Centro Apside de la Comunidad Autónoma de Madrid (Bernal, 1995).

### **Mediación escolar (ME)**

El País Vasco ha sido pionero en la aplicación de programas de ME en España. La Universidad del País Vasco investiga la aplicación de estos programas (Alzate, 1999b) y el Centro de Investigación para la Paz «Gernika Gogoratuz» los comenzó a aplicar de manera experimental en 1993 (Uranga, 1994 y 1998).

En Cataluña existen diversas experiencias (Danti, 2000 y 2001; Escobar, 2000; Romero, 1999; Villanueva, 1998; Villanueva y Monjo, 1998), múltiples espacios de trabajo de profesionales interesados y la presencia del tema en jornadas y congresos, cuando no ya en jornadas específicas, como las I y las II Jornadas de Mediación Escolar organizadas por ACORD-Servicio de Mediación en Olot (Gerona). Cabe destacar también que en la comunidad autónoma de Madrid funcionan desde 1998 programas de ME en diez institutos de secundaria con resultados prometedores (Funes, 2000).

La ME puede introducirse desde una amplia diversidad de modelos y programas (Monjo, 1998; Prawda, 2000) siendo los llamados «programas globales» los más aconsejables porque demandan la complicidad y la participación de toda la comunidad escolar (Alzate, 1999).

Pero en mi opinión y replicando a Six (1997), con demasiada frecuencia se

minusvalora la ME a partir del estudio exclusivo de los «programas de ME entre pares o entre iguales» (también llamado el modelo americano) que son los más conocidos, o mejor dicho, los más denostados y desconocidos.

Por otro lado, el creer que la generalización de proyectos para desarrollar la educación emocional en la enseñanza primaria y las competencias sociales en secundaria son actuaciones preventivas muy eficaces, que pueden disminuir bastante los casos puntuales en que sea necesaria e imprescindible la mediación escolar (Led, 2000a) es, a mi parecer, una visión reduccionista de la ME: constreñida a ser sólo una técnica de resolución de conflictos apagafuegos y negarle la dimensión preventiva y educativa.

Así mismo, si bien estoy de acuerdo con que la mediación en un centro docente no es posible sin la apuesta colectiva del profesorado (Led, 2000b), matizaría que experiencias parciales lideradas por algún miembro de la comunidad escolar especialmente interesado, pueden producir cambios importantes en el contexto, sobre todo si se cree en ellas, si son tuteladas como experiencias piloto y, por tanto, dotadas de recursos para su supervivencia.

Por último, debo expresar que a mí me han sido de mucha utilidad en mi experiencia en ME, aparte de todos los autores citados más arriba en este apartado, las propuestas de Porro (1999); Alzate y Community Boards (2000); Brandoni (1999); Cornelius y Faire (1995); y Girard y Koch (1996).

## Mediación penal

El programa de Mediación Penal Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, funciona desde 1990, bajo la premisa de que la mediación y la reparación es un proceso que permite al menor infractor y a la víctima llegar a un acuerdo que proporcione solución al conflicto que les afecta. Se busca que el menor compense con su esfuerzo personal los daños causados a la víctima, responsabilizándose de las acciones propias y de sus consecuencias. Y en relación a la víctima, se facilita un espacio donde explicar sus vivencias, ser escuchada y compensada teniendo en cuenta el perjuicio sufrido, y a más, tener la oportunidad de implicarse en la solución del conflicto que le afecta. Esta experiencia ha dado lugar a múltiples escritos, entre los que destaco la concisa descripción del programa de Gimeno (1998), las cuestiones que Nogueras (1999) considera como aportaciones de la mediación al contexto penal juvenil, el trabajo de investigación sobre el perfil del mediador penal juvenil de De la Cámara y Roig (2000) y por último, el artículo de Dapena (2000) como compendio del camino andado y los frutos recogidos en 10 años de programa, más algunas propuestas de futuro.

Desde 1999 y también auspiciado por el Departamento de Justicia de la Generalidad de Catalunya, se lleva a cabo la Experiencia Piloto de Mediación Penal en la Jurisdicción Ordinaria<sup>1</sup>. En otras palabras, Mediación Penal Adultos, cuyos presump-

tos teóricos y prácticos son descritos por Guíllamat (2001). Esta experiencia, en la que participo como mediadora desde julio 2000 hasta la actualidad, se plantea definir e implantar un modelo adecuado de mediación en este campo, basado en la reflexión sobre la práctica experimentada. Mi preocupación actual en este campo, es encontrar modelos de intervención adecuados en los conflictos familiares con repercusión penal, especialmente los que definimos genéricamente como «violencia familiar».

También en el campo de los adultos, cabe destacar en Cataluña, las experiencias de mediación penal llevadas a cabo en los municipios de Badalona y San Adrián del Besòs descritas por Sánchez Concheiro (2001) como responsable de los proyectos. Y en la Comunidad Valenciana, funciona desde 1994 una experiencia fruto de la colaboración entre la Oficina de Ayuda a las Víctimas del Delito y un Juzgado de Instrucción (De Jorge, 2000).

## CAJÓN DE SASTRE

Creo que hay que tener muy en cuenta la mediación en los municipios (Sendra, 1999); la mediación en conflictos públicos (Puntes, 1998); la mediación y la salud (Giró, 2001); la mediación familiar entre padres e hijos (Ferrari, 1999); la conflictología (Vinyamata, 1999); las nuevas tecnologías y la mediación (Martínez, 1999); y los trabajos sobre conflictos y mediación a Latinoamérica (Sendra, 2001).

Destacan en Internet las webs de mediación: [www.abomedia.com](http://www.abomedia.com) de Montserrat

<sup>1</sup> Desde julio de 2000, esta experiencia se lleva a cabo en convenio con la Aedma, Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje.

Martínez y [www.solomediación.com](http://www.solomediación.com) de Miquel Tort y Carme Romero.

No puedo olvidar citar las tesis doctorales de Burguet (1996) e Ignacio Bolaños (2001) en las que se aborda la mediación escolar y la mediación familiar, respectivamente.

Otros temas para prestar atención: el rol y la formación del mediador (Puntes, 1999; Cabello, 1999); las relaciones entre la abogacía, el derecho y la mediación (Bustelo, 1999; Martí, 2000); similitudes y diferencias entre la mediación y la terapia (Bolaños, 1998a; Perelló, 1998); la relación entre la mediación y el Trabajo Social (Fernández, 1999; Menéndez, 1998); y las reflexiones que hacen los jueces en torno a la mediación (Ortuño, 2000; Caso, 2000).

## CONCLUSIONES

Esta comunicación ha supuesto un primer intento por mi parte, de reflexionar sobre las teorías y aprendizajes que me han ido configurando como mediadora, y que sustentan mi práctica del día a día. Nada deseo tanto como que algo de lo expuesto les sea de alguna utilidad.

Mi presencia en este congreso, me ha permitido darme cuenta de lo muy bien acompañada que he estado durante estos años en el campo de la mediación. Déjenme que desde aquí y en este momento, les dé las gracias a todos los autores y colegas citados en este texto, por cuanto aprendí «de y con» ellos y ellas.

Y para finalizar, decirles a ustedes que el Quilt que hoy les mostré ha cambiado. Nada más llegar a Temuco, de la forma

más natural, mi patchwork mediador ha ido incorporando valiosos tejidos y maneras de coser que acá encontré y que me acompañarán de ahora en adelante.

Gracias.

## BIBLIOGRAFIA<sup>1</sup>:

ACDMA. «Código Deontológico». En Revista ACORD. Núm. 6. Revista de la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma) Barcelona.

Alzate, R. (1998). Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica. Donosti: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco.

Alzate, R. (1999a). «Algunas reflexiones sobre la práctica de la mediación familiar». Revista ACORD. Núm. 11. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma)

Alzate, R. (1999b). «Enfoque global de la escuela como marco de aplicación de los programas de Resolución de Conflictos». En Brandoni, F. (compiladora) Mediación Escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias. Paidós Educador.

Alzate, R. & Community Boards (2000) Resolución del conflicto. Programa para bachillerato y educación secundaria. Bilbao: Ediciones Mensajero

Baiget, B. (1998). «La mediación y el conflicto irlandés». Revista ACORD. Núm. 7. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma).

Baiget, B. (2000). «Estatuto jurídico del

- menor en los procesos de separación y divorcio». Ponencia I Simposi Pacificació i Resolució de Conflictes, Barcelona. Publicat en Revista ACORD. Núm. 15. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Aedma).
- Bernal, T. (1995). «Mediación, una alternativa extrajudicial a la resolución de conflictos». Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
- Bolaños, I. (1998a). «Cuando el terapeuta familiar hace de mediador». MOSAICO. Revista de la Federación Española de Asociaciones de Terapia Familiar, núm 13, tercer cuatrimestre 1998. Disponible en: <http://ebro.unizar.es/rits/mosaico/Mosaico13/MonoME.htm>
- Bolaños, I. (1998b). «Disolución de disputas legales en mediación familiar». Revista d'Educació Social. Núm. 8. Barcelona: Fundació Pere Tarrés.
- Bolaños, I. (1999). «La mediación en los juzgados de familia de Barcelona». Ponencia del Primer Congreso de Mediación Familiar. Valencia.
- Bolaños, I. (2000). «La construcción de un espacio cooperativo en mediación familiar». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y 3. Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.
- Bolaños, I. (2001). Tesis: Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de mediación familiar. Departamento de Psicología de la Educación. Facultad de Psicología. Universitat Autònoma de Barcelona.
- Borrás, T. & Bolaños, I. (1998). «La formación sistémica en mediación» MOSAICO. Revista de la Federación Española de Asociaciones de Terapia Familiar, núm 13, tercer cuatrimestre 1998. Texto disponible en: <http://ebro.unizar.es/rits/mosaico/Mosaico13/MonoME.htm>
- Brandon, F. (Comp.) (1999). Mediación Escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias. Paidós Educador.
- Burget, M. (1996). Tesis: Discursos sobre la paz en una sociedad plural. Gestión de conflictos y su tratamiento pedagógico. Departamento de Teoría e historia de la Educación. Facultad de Pedagogía. Universidad de Barcelona.
- Bustelo, D. (1999). «Mediación y derecho, encuentros y desencuentros». Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar (material anexado aparte). Ed. Aranzadi. Barcelona, 1999. En catalan en: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Edita el Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya. Mayo de 2001.
- Buñs, I. (1998). «Mediación comunitaria». Material del curso impartido en el Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, 5 y 6 de junio de 1998
- Cabello, A. (1999). «Formació, habilitats i ètica del mediador». En: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Mayo de 2001. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya.
- Calderer, N. (2001). «Servicios de mediación en España: Punto de Encuentro» Ponencia del Primer Seminario Internacional Complutense de Mediación. Mayo 2001. Madrid. Universidad Complutense de Ma-

3 El Centro CREA dispone de una buena parte de esta bibliografía.

drid.

Caso, M. (2000). «Mediación: reflexiones desde una toga». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.

Cornelius, H. & Faire, S. (1995). Tú ganas yo gano. Madrid: Gaia.

Coy, A. (1989). «La mediación en los procesos de separación y divorcio». Apuntes de Psicología. Núm. 28 y 29. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.

Coy, A. (1999). «La mediación: una nueva metodología profesional». Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar. Ed. Aranzadi. Barcelona, 1999. En catalan en: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Edita el Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya. Mayo de 2001.

Coy, A. (2000). «La mediación en España». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y 3. Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.

Dantí, F. (2000). «Una experiència de Mediació Escolar a Secundària». Segones jornades de Mediació Escolar. Olot, 24 de març del 2000. Publicado en Revista ACORD. Núm. 15. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Aedma).

Dantí, F. (2001). «De terceros... va la historia». Comunicación del Congreso Nacional La Convivencia en los Centros Educativos: Nuevos Retos. UNED Centro Asocia-

do de Asturias. Gijón, 28 abril 2001.

Dapena, J. (2000). «La mediació i reparació». JUSTIFORUM. Núm. 11. Desembre 2000. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya.

De Jorge, L.F. (2000). «La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción penal ordinaria». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y 3. Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.

De la Cámara, B. & Roig, S. (2000). «El rol del mediador a l'àmbit de la justícia juvenil. La mediació entre el menor infractor i la víctima del delictes». Revista ACORD. Núm. 14. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Aedma)

Escobar, M.C. (2000). «Sumando diferencias en el contexto escolar». I Congreso Europeo de Psicoterapia. Barcelona.

Fernández, J. (1999). «La mediació i el treball social una nova metodologia que forma part essencial d'una no tan nova professió». En: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Edita el Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya. Mayo de 2001.

Ferrari, F. (1999). «Mediació familiar de l'infant i de l'adolescent». En: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Mayo de 2001. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya.

Funes, S. (2000). «Mediació escolar en la comunitat de Madrid». En Actas del I Simposi de Pacificació i Resolució de Conflictes. Barcelona: Pau i Treva, ICESB-

Pere Tarrés. Universidad Ramon Llull.

Gimeno, R. (1998). «La mediación en el ámbito penal juvenil». Revista EDUCACIÓN SOCIAL. Núm. 8. Barcelona: Fundación Pere Tarrés.

Gimeno, R. (2001). «La llei de mediació familiar». Revista ACORD. Núm. 17. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Aedma)

Girard, K. & Koch, S.J. (1996). Resolución de conflictos en las escuelas. Barcelona: Granica 1997

Giró, R.M. (2001). «La mediación y la salud». Revista ACORD. Núm. 17. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Aedma)

Guillamat, A. (2000). «Mediación en conflictos en la jurisdicción penal ordinaria». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y 3. Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.

Hinojal, S. (1999). «La mediación familiar en el ámbito de las administraciones públicas: programas de intervención y desarrollo de la mediación. Otras instituciones que intervienen en mediación familiar». En Actas del I Congreso de Mediación Familiar. Valencia, 22 y 23 abril 99.

Inchaustegui, J. (1999). «Mediació pública o mediació privada». En: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Mayo de 2001 Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya.

led, P. (2000a) «Programas de mediación en Cataluña para la resolución no penal de conflictos juveniles». En Actas del III Congreso del Foro Mundial de Mediación. Ita-

lia 2000

led, P. (2000b) «Els nous programes de mediació escolar». Fòrum europeu d'administradors de l'educació a Catalunya. Mediació i resolució de conflictes en l'àmbit escolar. Núm. 21, octubre 2000. Barcelona: FEAE

Lederach, J.P. (1996). Mediación. Document nº 8. Vizcaya. Centro de Investigación para la Paz Gemika Gogoratuz

Loza, S. & Osma, M.A. (1999). «Experiencias de mediación familiar en España». En Actas del I Congreso de Mediación Familiar. Valencia, 22 y 23 abril 99.

Martí, C. (2000). «Hacia un nuevo derecho de familia. Una visión desde el ejercicio de la abogacía». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y 3. Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.

Martínez, M. (1999). «La nueva era en la mediación familiar». Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar. Ed. Aranzadi. Barcelona, 1999. En catalan en: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Edita el Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya. Mayo de 2001.

Mastropaolo, L. (1998). «La mediación familiar y la experiencia de la escuela genovesa». MOSAICO. Revista de la Federación Española de Asociaciones de Terapia Familiar. núm. 13, tercer cuatrimestre 1998. Disponible parcialmente en: [http://ebro.unizar.es/~rits/mosaico/Mosaico13\\_MonoME.htm](http://ebro.unizar.es/~rits/mosaico/Mosaico13_MonoME.htm).

Menéndez, M. (1999). «Mediació i efectes sobre la família. Investigació i experiència

- pràctica». En: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Mayo 2001. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya.
- Menéndez, M.A. (1998). «La mediación familiar desde el punto de vista del trabajador social». Revista ACORD. Núm. 5. Barcelona: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma)
- Monjo, M. (1998). «La mediación escolar: historia, modelos i programas». En Actas de las II Jornadas Catalanas de Resolución Alternativa de Conflictos. Octubre 98. Mollet del Vallès: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje.
- Monjo, M. (1999). «Reflexiones y límites de la mediación familiar en los casos de separación y divorcio». Primer Congreso de Mediación Familiar. Valencia, 22 y 23 abril 99.
- Monjo, M. (2000). «Dinámica de la familia e implicaciones psicológicas en los hijos». Revista ACORD. Núm. 15. Revista de la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma) Barcelona.
- Montijano, C. (2001). «Análisis de la Ley de Mediación Familiar de Cataluña». Revista ACORD. Núm. 17. Revista de la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma) Barcelona.
- Moore, C. (1986). El proceso de mediación. Buenos Aires: Granica 1995
- Morrone, A. (1997). «Participación en la mesa redonda Mediación Familiar». Congreso de Terapia Familiar. Barcelona 1997.
- Morrone, A. (1998,1989). Apuntes de los seminarios impartidos durante los cursos 97/98 y 98/99. Programa de Formación en Mediación Familiar Sistémica de la Escuela de Terapia Familiar de Sant Pau. Barcelona.
- Noguera, A. (1999). «Elementos que aporta la mediación en el contexto penal juvenil». Revista ACORD. Núm. 10. Revista de la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma) Barcelona.
- Ortuño, P. (1998). «La mediación familiar como alternativa a la resolución judicial de los conflictos matrimoniales». MOSAICO. Revista de la Federación Española de Asociaciones de Terapia Familiar, núm 13, tercer cuatrimestre 98. Disponible en: <http://ebro.unizar.es/rits/mosaico/Mosaico13/MonoME.htm>
- Ortuño, P. (1999). «La mediación familiar intrajudicial. Un reto para la práctica del derecho de familia». En Actas del I Congreso de Mediación Familiar. Valencia, 22 y 23 abril 99.
- Ortuño, P. (2000). «La aprobación judicial de los acuerdos en mediación familiar». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y 3. Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.
- Perelló, C. (1998). «La figura de la mediación en los conflictos interpersonales». Revista EDUCACIÓ SOCIAL. Núm. 8. Barcelona: Fundació Pere Tarrés.
- Porro, B. (1999). La resolución de conflictos en el aula. Barcelona: Paidós Educador
- Prawda, A. (2000). «Mediación escolar sin mediadores». En Actas del Tercer Congreso del Foro Mundial de Mediación, Italia

2000

- Puntes, S. (1998). «La mediación en conflictos públicos». Revista ACORD, Núm. 8. Revista de la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Aedma) Barcelona.
- Puntes, S. (1999). «La mediación familiar dentro o fuera del sistema: recomendaciones para la formación». Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar. Ed. Aranzadi. Barcelona, 1999. En catalan en: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Edita el Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya. Mayo de 2001.
- Recouso, C. (2000). «El Punto de Encuentro familiar para el cumplimiento del régimen de visitas». Ponencia Primer Simposi Pacificació i Resolució de Conflictos, Barcelona. Publicada en Revista ACORD, Núm. 16. Revista de la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Aedma) Barcelona.
- Redorta, J. (1996). «La mediación en España» En: Gotheil, J. & Schiffirin, A. (compiladores) Mediación: una transformación en la cultura. Mediación, 3 Paidós.
- Redorta, J. (2000). «Otro lado de la mediación: el conflicto preexistente». Apuntes de Psicología. Monográfico sobre la mediación en España. Volumen 18. Núm. 2 y 3. Diciembre 2000. Sevilla: Universidad de Sevilla y Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental.
- Reina, F. (1999). «Las mediaciones familiares desde una perspectiva socioeducativa». Ponencia del Primer Congreso de Mediación Familiar. Valencia, 22 y 23 abril 99.
- Romero, C. (1999) Mediació escolar. Quadern d'estudi. Barcelona: Centre Pau i Treva.
- Sánchez Concheiro, M.T. (2001). «La mediación en el Derecho Penal. Relato de experiencias pioneras». REVISTA JURIS, Mayo 2001. Madrid: La Ley.
- Schvarstein, L. (1998). «La mediación escolar en contexto». En Brandoni, F. (compiladora) Mediación Escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias. Buenos Aires: Paidós Educador.
- Sendra, J. (Coord.) (2001). Conflicte i mediació a l'latinoamèrica. Amer&Cat. Col·lecció «Cuadernos de Paz/Cuadernos de Pau». Barcelona: Institut Català de Cooperació Iberoamericana ([www.retelcom.es/icc](http://www.retelcom.es/icc))
- Sendra, J. (Coord.) (1999). Mediació i resolució alternativa de conflictes als municipis. Documents Pi i Sunyer, 8. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- Six, J.E. (1997). Dinámica de la mediación. Paidós Mediación 5.
- Suares, Marínés (1996). Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas Mediación, 4. Ed. Paidós.
- Uranga, M. (Coord.) (1994). Transformación de conflictos y mediación como propuesta para el desarrollo de la educación para la paz en el sistema educativo vasco. Texto del Centro de Investigación para la Paz y Transformación de Conflictos. ([www.sarenet.es/gernikag](http://www.sarenet.es/gernikag))
- Uranga Arakistain, M. (1998). «Mediación, negociación y habilidades para el conflicto en el marco escolar». En Casamayor, G (Coord.) (1998). Cómo dar respuesta a los conflictos. La disciplina en la enseñanza secundaria. Biblioteca Aula. Barcelona: Graó.

- Villagrasa, C. & Vall, A. (2000). «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares». LA LEY. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXI Núm. 5049. Martes, 9 de mayo de 2000. Madrid: La ley
- Villagrasa, C. & Vall, A. (2001). «La mediación familiar en Cataluña: análisis sistemático de la ley 1 2001, de 15 de marzo» DIARIO LA LEY. Año XXII Núm 5347. Lunes, 9 de julio de 2001. www.laley.net Madrid: La Ley.
- Villanueva, N. & Monjo, M. (1998a). Una experiència de mediació escolar a l'Hospitalet de Llobregat. Actas de las I Jornades Mediació Escolar. Marzo 99. Olot: Acord y Ayuntamiento de Olot.
- Villanueva, N. (1998b). «Mediació entre iguals a l'Hospitalet de Llobregat». Actas de las II Jornades Catalanes de Resolució Alternativa de Conflictes. Octubre 98. Mollet del Vallès: Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (Acdma)
- Villanueva, N. (1999). «De naranjas, pasteles, juegos de cartas, puzles... y otras definiciones de conflicto en mediación familiar». Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar. Ed. Aranzadi. Barcelona, 1999. En catalan en: La mediació familiar. Justícia i Societat. Núm. 23. Edita el Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya. Mayo de 2001.
- Villanueva, N. (2000). De que hablamos cuando hablamos de mediación escolar. Material no publicado. Disponible en breve en [www.geocities.com/nvillanueva.geo](http://www.geocities.com/nvillanueva.geo)
- Vinyamata, E. (1999). Manual de prevención y resolución de conflictos. Barcelona: Ariel



# Concurso de Memorias <sup>1</sup>



**El Abogado en la mediación .**  
LORETO GAETE BARRERA

**Impacto Comunicativo y aprendizaje de la mediación  
en los sistemas familiares. Analisis de una experiencia.**

SARVIA MURILLO FIGUEROA  
CARLA PRÜS FLORES  
YASNA VEJAR HERREROS

<sup>1</sup>Sólo se incluyen dos extractos de memorias debido a que el tercer lugar se declaró desierto.

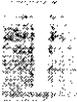


# EL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

Loreto Gaete Barrera

## CAPÍTULO I. LOS CONFLICTOS Y SU RESOLUCIÓN

### 1.1. CONCEPTO

 Todo ser humano tiene intereses propios, por lo que es frecuente que estos sean contrapuestos en relación a los intereses de un gran número de personas, los cuales objetiva o perceptivamente pueden chocar unos con otros, por que no todos pueden obtener lo mismo que quieren y de la misma manera, lo que finalmente desemboca en un conflicto.

Una típica definición de conflicto es aquella que señala que son un conjunto de propósitos, intereses, métodos, o conductas divergentes. Son fenómenos universales, que se han dado en todos los tiempos y culturas, y que han formado parte de nuestro entorno social, profesional y familiar. Son propios de la naturaleza humana, porque en toda relación importante existen diferencias de actitudes, valores, prioridades, estilos de vida, percepciones, distintos intereses en el trabajo, o bien en el hogar o en la comunidad; pero a veces estas diferencias generan desavenencias nocivas, tanto para nosotros, como para los demás.

Las culturas occidentales lo consideran como algo negativo, sin perjuicio de ello, en sí, no es algo deseable o indeseable, ne-

gativo o positivo, ya que como individuos, con necesidades, gustos, puntos de vista y valores diferentes, es inevitable que surjan, por lo que no debemos circunscribirlos necesariamente a las "guerras, o conflictos armados"; se pueden dar en muchos ámbitos, como familiar, social, municipal, empresarial, etc.

El proyecto de construir una cultura y sociedad en paz nos hace abordarlos de una manera distinta, se hace necesario buscar la forma de afrontarlos y solucionarlos; Por ello, aprender a resolver conflictos es una práctica social estudiada que indica la necesidad de entender cómo el conflicto comienza y termina, cómo buscar una convergencia de los intereses del grupo que participa de él. Básicamente, no significa librarse de él sino reconocer sus consecuencias destructivas, como también que es un elemento necesario en la construcción y organización de las realidades sociales.

### 1.2. FORMAS DE AFRONTAR Y RESOLVER LOS CONFLICTOS

La resolución de un conflicto supone siempre conocer las causas que lo han originado, detectar sus raíces, buscando facilitar la transformación voluntaria de los objetivos iniciales.

A su inicio, sea cual sea su naturaleza, hay una serie de formas de reaccionar frente a él:

**La superación:** se afronta, se reconoce su existencia y hay voluntad para vencerlo.

**La negación:** se evita reconocerlo.

**La evasión:** se reconoce pero no se afronta.

**La arrogancia:** se reconoce, pero sin darle una respuesta adecuada.

**La agresividad:** se reconoce, pero además se enfrenta con una respuesta hostil y violenta.

**La acomodación:** se reconoce su existencia, pero no se da una respuesta frente a él.

Elegir una u otra actitud, al inicio, cuando estamos recién afrontando un conflicto, determinará su proceso y las posibilidades de transformación y de gestión posterior. Por lo que frente a un conflicto y su posible solución, siempre será necesario llevar a las partes en cuestión, sometidas en éste, a un cambio de actitud necesario para que él aflore, sea reconocido, y así lograr posibilidades de transformación y cambio. Al abordarlo, nos damos cuenta que hay que considerar una serie de factores, que están presentes, y se pueden analizar, como las actitudes, los poderes, formas de comunicar, modelos culturales, estructuras de dominio, etc., y que por tanto, para ello, debemos aproximarnos a él, reconocerlo y no ocultarlo y así poder solucionarlo, ya que frente a una desavenencia, o a un choque de intereses, la gente, en su mayoría, tiene la concepción de que es necesario para que alguien pierda, que el otro gane, lo cual en definitiva hay que cambiar. Porque el típico, "Tu ganas/ Yo pierdo", se puede reem-

plazar en el "Tu ganas/ Yo gano, ¿Cómo?", cambiando la concepción de ADVERSA RIO, por la de COOPERADOR.

Hay una diversidad de alternativas para resolver los conflictos o divergencias, dentro de las cuales encontramos los tribunales de justicia, como también medios alternativos a esta administración de justicia estatal, como son la mediación, el arbitraje, la conciliación, etc.

### 1.3 LA RESOLUCION ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

Podemos definir la resolución alternativa de conflictos como un conjunto de procedimientos, métodos o técnicas que, tienen por objeto solucionar las desavenencias o dificultades, entre personas u organizaciones, no recurriendo a los tribunales, ni a la decisión impuesta por un juez, con la característica intervención activa de ambas partes involucradas. En ellos, la solución de conflictos nace, de la confrontación y armonización de los valores e intereses contrapuestos de las partes, no de la imposición de valores impuestos por el juez, por que no pretende mirar exhaustivamente las normas existentes, costumbre y jurisprudencia, sino que más bien se dirige al conflicto en sí, y sus posteriores consecuencias hacia el futuro, viendo las reacciones que tiene en las mismas partes y su entorno social. Entre ellos están el arbitraje, la conciliación, la mediación, la negociación, el minijudio, los expertos neutrales, etc.

La resolución alternativa de conflictos es un movimiento que surge sin desmedro de la actividad jurisdiccional, debido a

que va más allá, porque no sólo es un programa conexo a los tribunales de justicia, ni una práctica antojadiza o de moda, sino que responde a una consecuencia natural de la coyuntura histórica, ya que a diferencia de épocas anteriores, los conceptos de “auto-determinación” y “usos participativos”, han invadido el campo del derecho.

No es posible verla, como la antítesis de la administración de justicia y todo su aparataje de jueces y letrados, o el acuerdo en oposición absoluta a una sentencia judicial, ya que, como su nombre lo indica son una alternativa frente a la resolución de un conflicto por medio de los tribunales de justicia.

La aparición de nuevos métodos de resolución de conflictos, parece apuntar a una modificación substancial, al menos en DETERMINADAS AREAS, de lo que hoy llamamos DERECHO.

## **CAPITULO 2. LA MEDIACION.**

### **2.1. CONCEPTO.**

Distintos autores son contestes en señalar que<sup>1</sup> “La mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”.

Osea, estamos frente a un proceso voluntario, en que las partes sometidas a un

conflicto determinado, se dan cuenta que so-las no serán capaces de resolverlo, y que por tanto necesitan la ayuda y cooperación de un tercero imparcial, el mediador, el cual interviene en forma confidencial y ayuda a las partes a encontrar una solución cooperativa, que contemple los intereses, siendo mutuamente aceptable, no imponiendo decisiones, sino más bien modificando la dinámica de poder de la relación conflictiva.

La mediación consta de una serie de elementos, parte integrante y fundamento de este proceso.

- a) Las Partes.
- b) El Conflicto.
- c) El Mediador.

### **2.2 EL MEDIADOR.**

El mediador es un profesional especialmente capacitado para dirigir este tipo de procesos. Su intervención es resuelta de común acuerdo entre las partes, y consiste en ser un tercero neutral, imparcial, a quien las partes delegan la tarea de mediar entre ellas, y ayudar a procesar los datos que generan el conflicto, con una posición negociadora y de colaboración en la búsqueda de soluciones aceptables y satisfactorias para ellas. Su óptima desenvolvura en este proceso de mediación se verá reflejada en las características que debe reunir un buen mediador, como son la flexibilidad, la imparcialidad, integridad, objetividad y confidencialidad.

Un buen mediador es quien tiene la misión de impulsar las negociaciones y poder llegar a la resolución del conflicto, pero para ser tal debe cumplir con ciertos

<sup>1</sup> MOORE, W. CHRISTOPHER, “El proceso de mediación”, Buenos Aires, Ediciones Gránica, 1995.

parámetros, como tener ciertas cualidades personales, una acabada capacitación y comprensión del tema, ciertas habilidades, ética y responsabilidad.

### 2.3 PROCEDIMIENTO

La mediación, a pesar de la creencia habitual, que es un medio de resolver conflictos, no formal, osea que no está sujeto a ninguna regla o pauta de conducta, exacta y minuciosa, si consta de un procedimiento el cual es necesario seguir, que no es formalista, o revestido de una serie de requisitos legales, como el procedimiento judicial actual, pero sí tiene pautas mínimas indispensables.

No hay que olvidar, sin duda, que las técnicas e instrumentos utilizados, son distintos según el conflicto que estemos tratando, alternativas entre las cuales deben escoger las partes sometidos a éste y que el mediador les debe exponer con claridad para que sean comprendidas por ellas, y así poder realizar una mejor opción. Pero hay pautas mínimas que no distinguen el conflicto al cual estemos enfrentados, y que por tanto se deben llevar a cabo frente a cualquier situación.

### 2.4 CARACTERISTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACION:<sup>2</sup>

a.- Proceso voluntario: En este tipo de proceso la voluntad de las partes se considera muy importante, ya que tienen la libertad en todo momento de elegir, desde el principio, lo que atañe al procedimiento

mismo de mediación.

b.- Confidencial: La información que intercambian las partes entre ellas y a su vez, con el mediador, indispensablemente debe estar protegida, y no puede ser utilizada, por ninguno de ellos, divulgándola con algún fin sea este bueno o malo. De esta forma, la característica de confidencialidad del proceso, hace que el mediador no debe revelar lo que escuchó o se le confidenció, por alguna de las partes, en sesiones tanto privadas, como en las sesiones conjuntas con ambas, ya sea por escrito o de palabra y esto se transforma en la obligación, "de no revelar o manifestar lo que por su índole o compromiso o discreción ha de callarse".<sup>3</sup>

c.- Formalmente flexible: El proceso por medio del cual se da la mediación, no se rige por estructuras formales pero sin duda hay una serie de reglas o pautas mínimas que se deben cumplir.

d.- Limitado generalmente en el tiempo: El tiempo, siempre debe estar acordado y establecido de antemano por las partes. Tomando en consideración que es un proceso rápido, sin mayores formalidades que cumplir, generalmente se establece como plazo máximo 2 años, para llegar a un acuerdo.<sup>4</sup>

e.- Participación activa de las partes: Las partes que participan de la mediación

<sup>2</sup> Definición dada por Helena Carrera Bascuñán, en su libro "El secreto profesional del abogado", Santiago, Editorial jurídica, 1963.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en Argentina, el decreto n°1480 92, que regula la mediación, establece como plazo máximo 2 años, para celebrar el acuerdo.

<sup>4</sup> SCHRIFFIN, ADRIANA, "Mediación una transformación de la cultura", Buenos Aires, Paidós, 1996.

tienen un rol activo en ésta, ya que la solución que se pretende encontrar, será alcanzada por ellas mismas, no con la imposición de determinadas soluciones por parte del mediador, sino con la ayuda de éste como guía.

f.- Las partes conocen y han acordado de antemano las etapas de ella: El mediador debe dar a conocer a las partes que participarán en este proceso, sus fases y periodos, en qué consisten ellos, y estas a su vez deben estar de acuerdo, debiendo elegir y seleccionar la forma como se llevará y desarrollará este procedimiento, en todos aspectos respecto de los cuales tenga cabida su decisión.

g.- Proceso en el cual se asegura la neutralidad e imparcialidad del mediador, tercero que guiará a las partes en sus negociaciones: Sin embargo, esta imparcialidad o neutralidad no le impide tener opiniones personales acerca del resultado final de este conflicto, pero debe concentrarse en cómo ayudar a las partes a llevar estas negociaciones, sin favorecer la posición de ninguna de ellas.

### **CAPITULO 3. EL ABOGADO EN LA MEDIACION.**

Etimológicamente hablando, abogado viene del latín "advocatus", que quiere decir "llamado", "ad auxilium vocatus", "llamar a favor de", lo cual da una idea del carácter que siempre tuvieron los abogados, profesión liberal cuyo papel es llevar a los tribunales su voz, para ayudar al logro por parte de estos del triunfo del derecho y la

justicia, poniendo en claro la verdad de los hechos en forma desapasionada, siendo un intermediario entre el litigante y el juez, para hacer más efectiva y segura su defensa, mostrando con decisión el caso jurídico que se debe, por parte de estos, juzgar.

El diccionario de la Real academia define al abogado como "Perito del derecho positivo que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, y también dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan".<sup>5</sup>

Nuestra ley los define como "personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes".<sup>6</sup>

Todas estas definiciones concuerdan, y principalmente nuestra legislación, en que el papel del abogado es defender y hacer respetar los derechos y la justicia. Pero no se puede restringir el rol de un abogado sólo a ello, porque desde su aparición hasta la fecha, su ocupación ha cambiado, debido a las múltiples transformaciones que ha tenido la civilización, y por otra parte, a través de diferentes roles que hoy, la sociedad y el mercado le atribuyen. Sin embargo, no es sólo el abogado el que ha evolucionado, sino que tampoco el derecho es invulnerable a los cambios de carácter económico, cultural, social, que se han dado a través de la historia, lo que finalmente trae como consecuen-

<sup>5</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la lengua española", Madrid, Espasa Calpe, 1992, 2V.  
<sup>6</sup> Código Orgánico de Tribunales, artículo 520.

cia que el abogado inmerso en toda esta gama de cambios, debe ser un profesional que, acorde con ellos, además mantenga los principios y valores que siempre se han respetado o se han pretendido respetar, sin los cuales desconocería su propia naturaleza, como son, la honestidad, el amor por la justicia, la moral, la ética, la prudencia, la paciencia, la tolerancia, la disciplina, etc., además de una formación profesional completa, como también una amplia cultura, y todo esto con el fin de poder alcanzar las amplias potencialidades y posibilidades que hoy esta profesión da, así, ya no sólo un abogado se puede dedicar a la defensa de los derechos de las personas, sino que además puede asesorar empresas, investigación académica, dedicarse a la defensa de los derechos de las personas en juicio, la magistratura en el poder judicial, ingresar a la administración pública, dedicarse a la gestión, administración de organismos no gubernamentales, a la carrera diplomática, entrar a instituciones de las fuerzas armadas, ejercer el notariado, ser periodista, llegar al poder legislativo, ser mediador en determinados conflictos, etc.

Finalmente, podemos concluir que todos concuerdan en señalar que el abogado es un obrero de la justicia, del orden y la paz social, los que deberá amar como nada más en el mundo y el derecho, a su vez, se ve como un medio para alcanzarlos y no como un fin en sí mismo.

Este binomio inseparable que debe existir entre la abogacía y estos valores, debe estar presente siempre en el ejercicio de esta

profesión, por ello, muchos autores, los incluyen dentro de la función misma de la abogacía, entre ellos Couture<sup>1</sup>, en su libro "Los mandamientos de un abogado", señala por una parte "trabaja, la abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia", además en otro mandamiento señala "Lucha, tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia".

### 3.1 EL ABOGADO FRENTE AL CONFLICTO.

El abogado, independiente de la actividad a la cual se dedique, como magistrado, defensor de los derechos de una parte en juicio, de conciliador, o incluso de mediador, deberá tomar conocimiento de diversos conflictos, fenómenos universales, que se han dado en todos los tiempos y culturas, presentados por la persona o cliente que a ellos concurrirán. Por ello, frente al sin número de posibilidades frente a las cuales el abogado puede dirigir su actividad, es necesario determinar si es posible, o incluso absolutamente necesario que integre este proceso de mediación, ya sea como mediador o como colaborador o representante de alguna de las partes.

Generalmente el abogado es criticado, ya que su forma de enfrentar los conflictos se ve asociada a litigios y contiendas belicosas, demorosas, y hasta costosas; que finalmente se solucionan, por la decisión de un tercero, el juez, quien la impone, generalmente, por sobre las necesidades y posiciones de las partes, dando la razón a algu-

<sup>1</sup> COUTURE, EDUARDO, "Los mandamientos de un abogado", Buenos Aires, Editorial De Palma, 1988.

na de ellas, y donde la expresión de sí “yo gano, tu pierdes”, entra en juego, porque en la mayoría de los casos, al acoger el juez la posición de una de las partes, esa estará ganando y la otra perdiendo, lo que conlleva a que estas mismas partes no queden muy satisfechas, sobre todo la no gananciosa.

Pero, cualquiera sea la actividad a que se dedique, como defensor de los derechos de las personas, como magistrado, como conciliador, etc., la profesión de abogado, está siempre en contacto con los conflictos, o por lo menos la mayoría de las veces, por lo que es un profesional capacitado para enfrentarlos, lo que permite, al menos, desde este punto de vista, la posibilidad de participar en un proceso de mediación, ya sea como mediador, o como representante de una de las partes y además nos da a entender que lleva camino adelantado respecto de otros profesionales, teniendo ventajas comparativas respecto de otros.

### **3.2 LA PARTICIPACION DEL ABOGADO EN LA MEDIACION.**

En un proceso de mediación participan el mediador, el co- mediador y el colaborador de las partes, por ello, existen distintas posturas frente a la posibilidad que un abogado pueda participar en alguna de ellas:

3.2.1 Aquellos que están en contra que un abogado participe como mediador: Señalan que los abogados no deben ser mediadores porque:

a) Los abogados no están acostumbrados a resolver los conflictos por medio de un proceso que no sea el litigio ante los tribunales de justicia, en su estudio y durante el transcurso de su carrera profesional

han solucionado los conflictos presentados por sus clientes, por medio de este sistema tradicional de resolución de conflictos, y en forma muy esporádica por medio de formas alternativas, como la mediación. Por ello, al ser los tribunales de justicia, la manera más normal y más usada, tienden a pensar que es la más efectiva, lo que trae como consecuencia desconfianza, en cuanto haya otros medios eficaces para la resolución de estos conflictos.

b) Los abogados padecen de una, “mentalidad litigiosa”, o sea, están acostumbrados a que los conflictos se resuelven por medio de una contienda, con un rol adversarial, en la cual las partes son adversarios, no buscan soluciones conjuntas sino que sólo esperan ganar, y si una de estas partes gana la otra necesariamente debe perder.

c) Para los abogados, las opciones de un juicio son por una parte ganar y por otra parte perder, no como en el procedimiento de mediación en el cual ambas partes pueden ser ganadoras.

d) Para los abogados, las disputas de cualquier índole sólo pueden ser resueltas por medio de la aplicación de las leyes o principios generales del derecho, impuestos por medio de la decisión de un tercero, que en un litigio sería el juez.

e) Los abogados piensan que, a través de la mediación, no se estarían cumpliendo con las normas constitucionales del debido proceso, ni las normas que regulan los derechos y deberes de las personas, para

que ninguno de ellos sean violados.

f) No es necesario tener conocimientos jurídicos para ser mediador, por tanto, cualquier otro profesional podría desempeñar esta función, y estaría más capacitada que un abogado, quien por sus propios estudios y ejercicio profesional, estaría deformado, con una "mentalidad litigiosa", de la que no se podría desligar y que va en contra del espíritu y características que debe tener un mediador.

### 3.2.2 Aquellos que piensan que el abogado puede participar en un proceso de mediación:

Estos señalan que el abogado puede participar en un proceso de mediación porque:

a) Al igual que los psicólogos, que se dedicarían a materias principalmente relacionadas con conflictos familiares; los contadores, quienes intervendrían en conflictos de carácter patrimonial, comercial, financieros, societarios, etc; los asistentes sociales, quienes intervendrían en conflictos familiares, y todas aquellas profesiones, que según la materia del conflicto podrían participar. Todo ello hace pensar a algunas personas que el mediador debe ser alguien absolutamente especializado, según la naturaleza del conflicto que estemos tratando, ya que si no tiene los conocimientos suficientes, difícilmente puede ayudar a las partes en las negociaciones que estas deban efectuar, y el abogado podría llegar a ser mediador, en aquellos asuntos en que los intereses contrapuestos sean los derechos de las personas, los deberes de las personas ante los demás, o ante la sociedad en general,

todo aquello que se refiera a un conflicto surgido por el no conocimiento o mal conocimiento de una ley, etc.

b) El abogado tiene conocimientos de cómo se tratan los conflictos, de cómo se enfrentan, de cuáles son los verdaderos intereses contrapuestos, qué necesidad conllevan, cuáles son posiciones y no intereses, etc., ya que, sea cual sea su actividad, generalmente en su ejercicio profesional están enfrentados a ellos.<sup>7</sup>

c) Otros señalan que no se puede considerar que el mediador deba ser un profesional acorde con la materia del conflicto del cual estemos tratando, ya que no se puede confundir lo que es el conflicto en sí, sus causas, efectos, intereses contrapuestos que los generan, su implicancia y consecuencias; con su materia o tema, por lo que, basado en el hecho que un abogado está generalmente en contacto con ellos, es un buen argumento para considerar que es una persona capacitada para participar como mediador, independientemente la materia del conflicto en cuestión.

d) El abogado mediador podrá orientar las soluciones del conflicto dentro del marco jurídico y de la norma, aunque sólo orientar y no imponer, con el objeto que el acuerdo alcanzado sea firme y eficaz, pudiendo dar a conocer a las partes los verdaderos efectos o secuelas que a largo plazo tendrá el posible acuerdo alcanzado, en base a la experiencia de su ejercicio profesional.

<sup>7</sup> El cómo enfrenta un abogado un conflicto y si realmente conoce y entiende de ellos, está ya tratado en el capítulo anterior.

e) Al ser la mediación un ámbito en el cual el principio de la autonomía de la voluntad está absolutamente presente, el mediador abogado está en buenas condiciones para saber hasta dónde puede llegar esta autonomía de la voluntad que no podrá ir en contra del orden público ni el interés superior del bien común.

f) El abogado, no por ser tal, necesariamente es una persona insensible que no sepa de los valores humanos, ni de los sentimientos de las personas, la cual es una típica crítica que hacen los psicólogos, en cuanto a que esta profesión, hace a los abogados en su ejercicio profesional, despreocupados por las personas mismas afectas al conflicto. Pero esto no es así, ya que el abogado, como persona que es, con ciertos valores, no va a olvidar que está tratando con ellas, ni va a desconocer sus derechos.

g) Si consideramos que el mediador debe ser especializado según la materia del conflicto de que estemos tratando, y que tanto el abogado como otros profesionales pueden llegar a ser mediadores, igualmente, en el evento que otro profesional no fuera abogado, por ejemplo psicólogo, debe estar siempre acompañado de otro mediador quien debe ser abogado, para ello existe la co-mediación, en la cual este tercero neutral quien dirigirá las negociaciones que se den entre las partes sometidas a un conflicto ya no están dirigidas por una sola persona sino que por dos y una de estas dos personas siempre deberá ser abogado. Así, por una parte tendremos a un profesional especializado en la materia del conflicto en el cual estemos tratando, y que puede orientar

a las partes en estos temas, pero por otra parte tendremos al profesional abogado, quien cooperará otorgando sus conocimientos jurídicos, indicando los derechos que se deben respetar, y en qué marco legal y jurídico se debe dar este acuerdo, analizando y evaluando las causas del conflicto, saber cuáles son las situaciones críticas, y poder hacer frente a ellas.

Analizando ambas posturas, salta a la vista que un abogado pueda ser mediador, o sea, no por el hecho de tener o haber ejercido esta profesión lo incapacita ante la posibilidad de participar en un proceso de mediación, como tercero neutral.

Esto porque, en primer lugar un abogado, no por ser tal, tiene o ha adquirido una "mentalidad litigiosa", según la cual, un conflicto sólo podrá ser solucionado a través de un litigio, por medio de los tribunales de justicia, y cualquier otra forma de resolución no sería válida.

En segundo lugar, tampoco por ser abogado padece de una "mentalidad belicosa o combativa", según la cual los conflictos sólo se pueden solucionar por medio de una actitud defensiva y en cuanto más belicosa sea, mayores posibilidades tiene de triunfar en su posición o argumentos, porque en este litigio, sólo se puede o ganar o perder. Pero, todo esto no es efectivo, ya que los abogados pueden tener actitudes pacíficas, con vistas a un resultado más cooperativo, como por medio de la conciliación.

### 3.3 EL ABOGADO COMO COLABORADOR DE ALGUNA DE LAS PARTES :

El abogado como colaborador de alguna de las partes es aquella persona que ayudará a una de las partes integrantes de este proceso de mediación, ya sea con sus conocimientos específicos, o como punto de referencia frente al conflicto o disputa que la afecta, ayudando a que en las discusiones la parte pueda aportar datos exactos acerca de ciertos temas, o incluso llegando a ser un negociador subrogado, lo que es criticado, porque pueden llegar a influenciar mucho en la adopción de un acuerdo final.

Algunas de sus funciones más características en un proceso de mediación, son:<sup>9</sup>

- Ayudar a la parte que orienta a entender el procedimiento en sí.
- aconsejar a las partes en cuanto a cuáles son sus mejores intereses, en contraste a las posiciones asumidas, que tiene la parte sometida a este proceso de mediación.
- Señalar la variedad de opciones y posibles compromisos que pueden solucionar el conflicto.
- Señalar los méritos y flaquezas frente a los derechos, defensas y posiciones que tenga el caso.
- Determinar qué se puede considerar por justo, de acuerdo a las circunstancias, y con realismo.
- Ayudar a la parte a escuchar con la mente abierta y además con predisposición a una buena evaluación del problema.
- Determinar cuál es la mejor y peor alternativa de su propia parte, en caso de no

llegar a un acuerdo.

- Determinar cuál es la mejor y peor alternativa de la contraparte, en caso de no llegar a un acuerdo.
- Explicar el derecho, estrategias, y obligaciones de confidencialidad y sus excepciones.
- Ayudar a la parte a hacer la presentación inicial, de su posición.

Al realizar un análisis, desde una perspectiva están:

3.3.1 Las posiciones que señalan la no conveniencia que exista un abogado como colaborador de alguna de las partes por que:

- a) Al ser abogado y ayudar a las partes con sus consejos jurídicos, induciría a la contienda, a la lucha por obtener lo más que se pueda sin ceder en nada, lo cual afecta el buen resultado de una mediación, que se paralizaría o estancaría, esto, por un normal sentimiento de litigiosidad y contienda que ven los abogados; y que les hace sentir y pensar que concurrir a sesiones de mediación y ceder en algunos puntos para así alcanzar un acuerdo, sería reconocer los argumentos del otro, o al menos parecería una posición débil, por ello, en un juicio sólo los que se sienten perdedores pueden permitirlo. Este sentimiento de contienda, de litigiosidad haría fracasar las negociaciones.
- b) Una gran parte de los abogados sienten la necesidad de realizar en la primera sesión, la presentación del caso al mediador, recargada de un sentido belicoso o adversarial, lo que podría acarrear grandes consecuencias, ya que la contraparte, que

<sup>9</sup> ALVAREZ, G. S.; HIGHTON, I. Y F. JASSAN, "Mediación y justicia", Buenos Aires, Fundación Libra, 1992.

también estaría presente, se puede sentir atacada. Esto, para los que señalan que no es necesaria la participación de un abogado como colaborador de alguna de las partes lo consideran una actitud contraproducente, en un proceso dentro del cual se busca principalmente el acercamiento entre las partes, y no su alejamiento, con el objeto de lograr que las negociaciones terminen en un acuerdo final, por lo que con esta actitud, no se lograría.

c) La contraparte, puede sentir mucha desconfianza del abogado de la parte contraria, ya que puede sacar a la luz en las sesiones conjuntas, puntos delicados, y conflictivos para esta parte.

d) La gran mayoría de los abogados tienen la convicción absoluta que deben proteger a su cliente, incluso al relatar los hechos o hablar en determinadas sesiones en la mediación. Pero esto no es conveniente en un procedimiento de mediación, en el cual las partes deben expresarse con natural libertad, porque se stenten con la confianza necesaria para hacerlo, y esto, para un abogado, que no está familiarizado con el proceso de mediación y todas sus características, es difícil de entender.

e) Los abogados tienden a llegar a las sesiones de mediación, sin prestarle atención a los argumentos de la contraparte, ya que está imbuido con sus propios argumentos y posturas.

f) Se critica generalmente a los abogados en cuanto deberían humanizarse frente a la parte contraria, debiendo mantener

una postura respetuosa, hacia ella, con el fin de que las relaciones directas entre las partes no se deterioren. Ya que cualquier punto de desacuerdo con el abogado de la parte contraria, o la pérdida de confianza respecto a éste, significaría un desacuerdo también entre las partes mismas.

g) La presencia de tantas personas en un proceso de mediación, por regla general, no contribuye a su eficacia, ya que provoca, que cada uno de los participantes tengan algo que decir, lo que podría traer como consecuencia, que se retarde este proceso, sea más lento o pudiendo provocar que no se llegue a un acuerdo porque la paciencia de las partes tiene límites.

h) La presencia de un abogado en este proceso encarecería el costo de la mediación, lo que va en contra de uno de sus principios, que es ser un procedimiento menos costoso que cualquier otro.

3.3.2 Hay otros autores que señalan que la incorporación de colaboradores de las partes sería un buen mecanismo en el proceso de mediación porque:

a) Las personas que participan en este proceso de mediación, que no conozcan bien sus derechos y deberes en cada caso, estarían bien informadas con la participación de este colaborador, que por otra parte sabría que sus opiniones sólo deben ser una ayuda, o guía para ellas.

b) Los abogados serían una buena ayuda en este proceso de mediación, ya que

pueden utilizar determinado material, el que por su naturaleza, puede llegar a convencer a alguien, y que se usa en los juicios, o litigios, a los que se les aduce que estos están acostumbrados. Como son, las copias de precedentes, fotografías, videos, cuadros, contratos con determinadas frases claves, etc. El abogado podrá utilizarlas en un proceso de mediación, pero no con la intención de convencer al mediador, tercero que debe ser neutral en este proceso, sino que a la parte contraria, lo cual será más fácil mediante estas herramientas que con la sola utilización de palabras, porque finalmente son las mismas partes las que buscan la solución final.

c) El abogado colaborando con alguna de las partes puede idear algunos principios relacionados con los posibles acuerdos que se puedan alcanzar, determinando para ello, las necesidades, intereses y percepciones no sólo de la parte con la cual colabora, sino también respecto de la contraparte.

d) Muchos mediadores, solicitan que todas las decisiones sean revisadas y supervisadas, por un abogado antes que las partes firmen algún acuerdo, o les da la facultad a las partes para que consulten uno, el cual les dará información de carácter jurídico.

e) El hecho de ser abogados, no siempre les da una inclinación hacia la contienda, ya que en el mismo procedimiento judicial, existen instancias en las cuales se pueden llegar a acuerdos con la contraparte, como la etapa de conciliación, con la salve-

dad que en un proceso de mediación son las mismas partes las que deben encontrar la solución.

El tema de la participación de un abogado en la mediación, y las diferentes posiciones analizadas anteriormente, dan cuenta de lo discutido de esta materia, principalmente porque la mediación como medio de resolver conflictos, es una temática bastante nueva, en comparación con el sistema que nos rige hoy, como asimismo es un sistema, que en muchos países, como el nuestro, a pesar de su utilización y aplicación, no está regulada por una ley.

Por un lado, su participación como mediador, quedó demostrado, que es absurdo dejar de reconocer que no sólo sería absolutamente posible en este proceso, sino que bastante beneficioso, ya que se volvería a concebir la profesión de abogado como un verdadero sanador de conflictos y no un mero litigante de los derechos frente a los tribunales de justicia.

Por otro lado, su participación, como colaborador de alguna de las partes, o representante, quedó también demostrado, que no tendría mayor perjuicio, para este proceso. Pero, también es cierto, que en algunos procesos de mediación, en los cuales se requiere solamente la vinculación directa de las partes, con el objeto que se llegue a una solución, en los cuales los intereses, o posiciones discutidas, no tienen mayor complejidad, la cooperación de un abogado, no sería mayormente necesaria.

Para que todas estas discusiones, y

distintos puntos de vista, se solucionen y terminen, queda un largo camino por recorrer, pero será más corto y beneficioso en la medida que a través de soluciones más audaces, imaginativas y novedosas, se cree y apruebe, finalmente una ley que regule este proceso de mediación.

### **3.4 LOS OBSTACULOS QUE VEN LOS ABOGADOS A LA MEDIACION:**

Es innegable que ha revolucionado el campo del derecho, así como otras materias. En efecto, ha puesto en tela de juicio, el tema de si es la mediación y los demás medios de resolución de conflictos, una forma de terminar con el sistema actual, por medio de los tribunales de justicia o si es solamente una manera de modificar este sistema, con la finalidad de incorporarse a él, con formas alternativas. En definitiva, como se comprenderá, todo esta revolución traída, con la inclusión de estos medios alternativos de resolución no tuvo nunca buena acogida ni por la sociedad en general, ni por los mismos abogados, que ven en la mediación una forma alternativa de resolución de conflictos externa a los tribunales de justicia y todo su procedimiento jurisdiccional, en el que ellos participan y manejan directamente, ya que en la generalidad de los casos, no se puede asistir o comparecer sin el patrocinio de un abogado habilitado, y los jueces y secretarios, funcionarios más importantes del juicio son abogados. Por tanto, esta alternativa de resolución de conflictos en la cual no sólo los abogados podrían participar, sino que está abierta a cualquier tipo de profesional que quisiera ser mediador, se ve como una vía de escape de sus

opciones profesionales y laborales.

Por otro lado, los más admiradores de la justicia, y en especial del derecho, veían en la mediación una forma de resolver los conflictos pero que no estaba enmarcada dentro de los cánones o preceptos que establece la ley y la Constitución Política del Estado.

Los obstáculos que ven los abogados en la mediación se pueden resumir en los siguientes:

a) Los abogados y los clientes no están familiarizados con la mediación o no saben como utilizarla.

b) Los abogados y los clientes acostumbrados a lo conocido, tienen una adhesión habitual a los medios judiciales de resolución de disputas, y resisten lo nuevo.

c) Si el abogado sugiere una forma alternativa de resolver los conflictos, tanto frente al cliente, o ante la parte contraria, se cree, por parte de estos, que puede parecer endeble o débil en sus posiciones, o que no está seguro de su argumentación y pruebas, o del resultado ganancioso del juicio.

d) Los abogados temen ser objeto de críticas acerca de su desempeño o praxis profesional, por tanto sienten desconfianza al proponer algo nuevo.

e) Sería actuar en contra de su propio interés económico.

f) Incide negativamente en la profesión, ya que dejaría entrar a otros profesio-

nales, en espacios que hasta ahora eran ocupados sólo por abogados.

Sin embargo, todas estas posiciones podemos desvirtuarlas, dando razones y posiciones diversas a las que ahí se expresan, y no concluir que la mediación sea la mejor forma de resolver todos los conflictos sino que más bien una forma válida y eficaz de resolverlos, alternativa al procedimiento judicial actual, y que por tanto, no pretende reemplazarlo. Por otro lado sería una buena forma de descongestionar este sistema en aquellos casos, en que los intereses en juego sean de carácter privado.

Pero, mediante el curso de los años, esto irá cambiando, y los abogados se darán cuenta, que se abre un campo de posibilidades.

## **CAPÍTULO IV. NUESTRO SISTEMA JURÍDICO ACTUAL:**

En Chile, la idea de implementar la mediación como un medio de resolver los conflictos en forma alternativa a los tribunales de justicia, surge a principios de la década de los noventa, en que una vez instaurada y más bien establecida la democracia en Chile, se vio como una forma de fortalecimiento de la contribución de las partes al resolver sus propios conflictos.

Sin embargo, no se puede desconocer que la aplicación de medios de resolución de conflictos, se dio mucho antes de la colonización española, en las subculturas que formaban los pueblos indígenas, especialmente los mapuches, con sus propias formas de regulación, abastecimiento, etc.

Hoy en día, no se ha promulgado una ley que regule la mediación en su totalidad o al menos en forma general, ya que si bien hay algunos preceptos o normas específicas, para ciertos y determinados casos en los cuales se aplica, no existe una regulación propiamente tal, orgánica y general, que solucione algunos problemas como son específicamente las cuestiones que atañen a los mediadores, su regulación, registro, cuerpo general, etc.

Sin embargo, la mediación en Chile igualmente se utiliza como medio de resolver los conflictos en forma alternativa a los tribunales de justicia, en determinadas entidades o materias.

En nuestro país, la mediación no tiene una regulación general y orgánica, y por eso no hay uniformidad en la aplicación de criterios en cada caso. Sin embargo, no podemos desconocer la labor que ha desempeñado el Gobierno al tratar de apoyar los distintos programas pilotos de mediación, que han permitido demostrar la eficacia de ésta como método para resolver conflictos, además de la posibilidad de perfeccionamiento como mediadores a los profesionales que actúan como tal.

Esto, sin lugar a dudas, ha provocado que en todos estos ámbitos se regule la mediación de distinta manera, y que en determinados asuntos haya tanta discusión, ya que no hay un parámetro único respecto del cual todos se puedan guiar.

Por otro lado, un aspecto de la mediación que se ve bastante desregulado son los mediadores, respecto de los cuales no

hay uniformidad de criterios en considerar quiénes deberán ser mediadores y quiénes no, cómo se les va a controlar, si bien antes de ser mediadores a través del curso de formadores, ya sea por el ministerio de justicia, por el mismo Estado, o por la mismas partes sometidas al conflicto en cuestión, o durante la misma mediación al determinar si se están cumpliendo con todos los requisitos y principios de la mediación, lo cual debe ser acusado por las partes, o por otro lado, mediante un control posterior, mediante la posibilidad de exigir indemnización de perjuicios.

Al no haber una regulación orgánica y completa, el único control que tiene el mediador es el social, porque otro tipo de control hasta el momento no está establecido, y por lo mismo es necesario incluso el poder determinar qué profesional puede ser mediador y cuáles serán los requisitos de éste. El hecho de no existir una regulación orgánica de la mediación, hace que sea un sistema no muy utilizado en variados ámbitos, ya que no se conoce muy bien, y no hay una total claridad. Lo que produce en Chile, un país con convicciones ampliamente legalistas, ver en todo aquello que no está bien regulado por una ley, desconfianza.

Por ello, y para ello, es necesario implantar una ley, que regule la mediación en forma orgánica y general, que no sea sólo para determinadas materias, sino que para todo aquél que está sometido a un conflicto, susceptible de solucionar por estos medios.

Y si consideramos la gran importan-

cia de los conflictos que éste va a poder solucionar, y de las características de nuestro país en cuanto a ser muy legalista, en una mediación siempre debería estar presente un mediador de profesión abogado, quien podría proteger mejor los derechos de las personas que participan en este proceso. Además, consecuente con ello, la sociedad en general miraría con muy buenos ojos y con gran confianza este proceso, en el cual podrían participar y por el cual se solucionarían muchos conflictos.

Se orientaría y guiaría por una persona entendida, y en aquellos casos en que se requiera un enfoque multidisciplinario, con la presencia de otro profesional especializado, este debería ser un co-mediador, quien actuaría conjuntamente con un mediador abogado.

# IMPACTO COMUNICATIVO Y APRENDIZAJE DE LA MEDIACION EN LOS SISTEMAS FAMILIARES. ANALISIS DE UNA EXPERIENCIA.

Sarvia Murillo Figueroa  
Carla Prüss Flores  
Yasna Vejar Herreros

## PRESENTACIÓN

En el marco del concurso organizado por el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA de la Universidad Católica de Temuco, las autoras de la Tesis "Impacto Comunicativo y de Aprendizaje de la Mediación en los Sistemas Familiares. Análisis de una experiencia", Srtas. Sarvia Murillo Figueroa, Carla Prüss Flores, María José Urrutia Muñoz y Yasna Vejar Herreros, han elaborado una breve síntesis de su trabajo investigativo, procurando rescatar los aspectos más significativos de la experiencia vivida por cinco familias en procesos de mediación, específicamente en el ámbito de las pensiones alimenticias, a fin de conocer, desde su visión, los aprendizajes que obtuvieron a partir de esta nueva forma de resolución de conflictos.

La institución donde se llevó a cabo la investigación fue el Centro de Mediación de Concepción, dependiente de la Corporación de Asistencia Judicial, Región del Bío-Bío.

Desde que el hombre existe ha enfrentado situaciones de problemas y de conflictos, pero éste no es necesariamente negativo. Para efectos de esta investigación se visualiza el conflicto desde un prisma positivo, que puede constituirse, tanto en una oportunidad para el crecimiento personal, como en una fuente de aprendizaje.

Teniendo en cuenta que es en la familia donde debieran aprenderse las herramientas para hacer frente a los problemas, sería ahí, donde las personas podrían adquirir los aprendizajes necesarios para enfrentarse a situaciones conflictivas. No obstante, por la estrecha relación en los lazos familiares sumado a la carga afectiva que esto significa, en ocasiones las dificultades que ocurren en su interior no son resueltas a través de un diálogo constructivo, sino que se evaden o son resueltas por vías poco pacíficas que a veces, incluso, pueden provocar crisis que la familia no está en condiciones de resolver de forma autónoma.

Para dar respuesta a la diversidad de interrogantes y objetivos planteados, esta investigación se fundamenta en dos ejes teóricos, el primero es una epistemología cen-

trada en una filosofía del lenguaje y junto con ella se utiliza la Teoría de Sistemas, lo que nos permite dar una mirada particular a la realidad analizada.

Desde la Teoría de Sistemas, es necesario profundizar en los Sistemas Sociales, reconociendo, a partir de este enfoque, que una persona puede formar parte de muchos sistemas sociales a lo largo de su vida, la condición fundamental para esto, es que se transmita la información que este sistema necesita para la mantención de su autopoiesis (\*). En este sentido se sostiene que "el mecanismo fundamental de interacción en el operar de los sistemas sociales es el lenguaje".<sup>1</sup>

Unos de los focos en esta investigación es la familia, la cual será entendida como un Sistema Social, por estar conformada según Luhmann, por elementos de comunicación de afecto.<sup>2</sup>

En la dinámica familiar se crean y presentan una serie de interacciones, que generalmente son cara a cara. Estas interacciones, además, se producen en la comunicación generada por cada uno de sus miembros, entendiéndose por comunicación "la forma como interactúan los componentes de los sistemas"<sup>3</sup>. Son entonces los ele-

mentos de la comunicación los que darán sentido al sistema familiar y los que constituirán su autopoiesis. En el proceso comunicativo, participan diversos elementos, entre los cuales encontramos el emisor, el receptor, canal y mensaje, importantes para el marco de esta investigación.

Desde esta perspectiva, cuando surgen conflictos en la familia podrían generarse dificultades comunicativas, que si no son resueltas a tiempo pueden alterar gravemente al sistema, pero a su vez "son una forma de reorganización del sistema comunicacional, que permite que continúe la autopoiesis sistémica"<sup>4</sup>

Se entenderá por conflicto un proceso interaccional que se da entre dos o más partes, en el cual predominan interacciones antagónicas donde las personas intervienen como seres totales con sus acciones, sus pensamientos, sus afectos y sus discursos que algunas veces, pero no necesariamente, pueden ser procesos conflictivos agresivos. Se caracteriza además por ser un proceso co - construido por las partes.<sup>5</sup> De esta definición se desprenden dos ideas; la primera, que el conflicto no es algo que sucede desde afuera sino que es un tipo de relación que se produce y construye,<sup>6</sup> por lo tanto puede ser percibido como negativo o como una oportunidad para el crecimiento. La segunda es que el conflicto es un proceso y como tal posee etapas.

\* AUTOPOIESIS: De los Chilenos H. Maturana y E. Varela, como capacidad de transformación constante de los sistemas humanos y familiares. QUINTERO, 35p.

<sup>1</sup>Maturana H. Desde la Biología a la psicología. Santiago, Universitaria, 1996. 76p

<sup>2</sup>Ref. Rodríguez y Arnold. Sociedad y Teoría de sistemas. Santiago, Universitaria 1996.

<sup>3</sup>Quintero A. Trabajo Social y Procesos Familiares. Lumen Humanitas, 1997.46p

<sup>4</sup>Rodríguez y Arnold M. Sociedad y Teoría de Sistemas. Santiago, Universitaria, 1991.123.p

<sup>5</sup>Ref. Suares. Mediación. Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas. Buenos Aires. Piados.1996.78 p  
<sup>6</sup>Ref. www.intermediacion.com

Existen sistemas familiares que se ven imposibilitados de generar su autopoiesis para su mantenimiento, debido a la presencia de conflictos, lo que ocasiona que recurran a otros sistemas o instancias que los ayuden. Una de estas instancias se denomina mediación, la cual será considerada además como sistema social, que se manifiesta a través de una comunicación interpersonal, ya que posee características que la constituyen como tal: elementos interconectados, dependientes de un metasisistema significativo (sociedad), con un comportamiento global — el proceso de Mediación — que es capaz de mantener su organización interna durante cierto tiempo (mientras dura el proceso).

Debido a que como sistema necesita energía para su funcionamiento, la obtiene de la comunicación: "la comunicación es un tema central en el proceso de mediación...que se desarrolla en la comunicación, se conduce en la comunicación y si se logra un acuerdo, este también es un acto comunicacional", que desde el punto de vista sistémico podría abrir nuevas posibilidades de comunicación de afecto, suscribiendo el conflicto en un "marco de cooperación, en vistas no a la disolución de una familia, sino a su reorganización, atribuyendo a las partes la posibilidad de regular sus relaciones futuras".

La Mediación según Sliken "es un procedimiento a través del cual un tercero ayuda a dos o más partes a encontrar su propia solución a un conflicto. El valor de este procedimiento está en que permite a dos o más adversarios examinar un problema tanto en privado como en reuniones conjuntas con el objetivo de crear una solución en las que todos ganen y que responda suficientemente a los intereses individuales (y comunes)."

Durante el proceso el mediador fomenta, a través de la comunicación, el "protagonismo" de las partes, donde motiva a las personas a hacerse responsables de sus actos y de sus palabras.

Otra habilidad a potenciar es el "Empoderamiento", que busca que las partes reconozcan los recursos y oportunidades que se encuentran a su alcance, centrando sus objetivos en mantener o devolverles el poder para tomar decisiones y, por tanto, lograr los máximos niveles posibles de voluntariedad y autonomía.

Otras de las características destacables de la mediación, es la posibilidad de producir un "Deuteroaprendizaje" o capacidad que adquieren las partes para solucionar futuros conflictos en áreas similares o diferentes a aquellas que los llevó a la mediación.<sup>1</sup>

La mediación como proceso no plan-

<sup>1</sup>Ref: <http://rehue.esociales.uchile/publicaciones/moebio/103/4/rpmei.htm>

<sup>2</sup>Suares M. Mediación, Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas. Buenos Aires, Prados, 1996, 60p.

<sup>3</sup>Gottlieb J. y Schiffman A. Mediación. Una Transformación en la Cultura. Buenos Aires, Prados, 1996, 119p.

<sup>4</sup>De Lamazo A. Mediación y Trabajo Social. Buenos Aires, Espacio, 1997, 19p.

<sup>5</sup>Ref: Suares M. Mediación, Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas. Buenos Aires, Prados, 1996, 23p.

tea una pauta rígida a seguir, por tanto, el mediador podrá adecuar su intervención dependiendo de sus características personales, del tipo de conflicto, de los clientes o del contexto en que se ve enfrentado. Para ello existen tres modelos de mediación que podrán guiar su quehacer, los cuales podrá aplicar y adecuar a las diversas realidades; ellos son el Tradicional Lineal, Transformativo y Circular Narrativo.

Esta investigación se enmarca en la mediación como una instancia extrajudicial, previa al juicio, donde se presentan una diversidad de conflictos, entre los cuales está el área de pensiones alimenticias, que es donde se centra esta investigación.

En el caso de las pensiones alimenticias, las personas que llegan a mediación, son parejas que han dejado de vivir juntos. Lo que traen al proceso, son temas que tienen relación con la función parental que comparten y que, a pesar de la reorganización del sistema familiar común, los mantendrá en comunicación, por lo menos hasta la mayoría de edad de los hijos o su independencia del seno familiar, a fin de permitir la evolución de su ciclo vital y la continuidad del sistema.

El tema de las pensiones de alimentos se enmarca dentro de esta nueva forma de organización de la familia, debido a que la salida de uno de los miembros, obliga a crear nuevas estrategias para la mantención de la homeostasis del sistema, abocado actualmente al cumplimiento del rol parental de las partes, quienes deben compartir las obligaciones y derechos del sistema familiar reorganizado.

Los objetivos de la investigación son los siguientes

#### GENERAL

Conocer el impacto comunicativo y de aprendizaje que han tenido los sistemas familiares, en el proceso de mediación experimentado en el Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial del Bío-Bío.

#### ESPECÍFICOS

- 1.- Describir los aprendizajes que las familias identifican haber alcanzado a partir del proceso de mediación.
- 2.- Conocer el canal y mensaje utilizado actualmente por los participantes del proceso de mediación, para la resolución de conflictos al interior del sistema familiar.
- 3.- Describir y analizar la continuidad en el tiempo de los acuerdos alcanzados por las partes en el proceso de mediación

La metodología utilizada fue de tipo Cualitativa Descriptiva con un Diseño Etnográfico y con una orientación sistémica la cual supone una influencia en la subjetividad del otro, modificada por la preconcepción del investigador.

El universo de investigación estará comprendido por el total de personas que participaron del proceso de mediación en el Centro de Mediación de la Corporación de

Asistencia Judicial del Bío Bío, en cualquier área de sus áreas. La unidad de análisis, estará dada por casos del ámbito familiar, específicamente pensión alimenticia de menores, debido a que son los más representativos del área de la Mediación Familiar.

Los casos que se seleccionaron para el estudio, responden a criterios cualitativos de representatividad, y las características de cada caso son:

- Matrimonios legalmente constituidos
- Separados actualmente
- Sin estudios superiores
- Nivel socioeconómico Medio y Medio-Bajo, dado por la condición establecida por las Corporaciones de Asistencia Judicial, las que atienden únicamente personas que por sus recursos no pueden acceder a un servicio privado. Esto es evaluado por el Departamento Social de cada Corporación.
- Cuyas edades fluctúan entre 20 y 45 años.
- Con hijos menores de edad.

Los casos a investigar fueron un total de cinco y su selección se realizará de acuerdo a los criterios antes mencionados.

Se utilizaron tres tipos de entrevista, correspondientes a entrevista no estructurada, focalizada, entrevista semiestructurada y entrevista estructurada. Cada uno de estos instrumentos fueron aplicados de manera individual, en distintos momentos, a ambos participantes del proceso de mediación.

El análisis de contenido continúa con la lógica de la metodología observada durante el proceso, haciendo uso de los tres instrumentos confeccionados para la recolección de información, los que fueron ejecutados en momentos y lugares elegidos por los protagonistas, favoreciendo, a juicio del equipo de trabajo, una entrega de datos enmarcada en espacios de mayor confianza, lograda gracias a reiterados acercamientos con los sujetos de investigación.

El análisis siguió un orden que se inició con la reunión de datos obtenidos, los que posteriormente fueron agrupados de manera tal, de dar respuesta a cada objetivo planteado, para luego levantar las categorías que con las que, en última instancia, se ejercitará el análisis. Posteriormente cada objetivo específico dio pie a conclusiones preliminares por considerarse que dicha estructura podría proveer a la investigación una mayor organización y coherencia.

Las conclusiones, que constituyen el último paso del proceso metodológico de esta investigación, se fundamentan tanto en los aportes empíricos provenientes de los propios informantes, como en la teoría propuesta en el marco de esta investigación. Esto posibilitará, finalmente, generar tendencias que esperamos contribuyan a enriquecer esta nueva forma de resolución de conflictos.

La generación de conclusiones para cada objetivo, permitió identificar la visión de los entrevistados en relación a los aspectos novedosos que la mediación les ofreció,

siendo uno de los principales el aprendizaje que describieron acerca de los diferentes ámbitos conocidos.

Estos aprendizajes son considerados en esta investigación como nuevas herramientas de los sujetos en la resolución de conflictos: aprendizajes en relación a la definición de mediación, comunicación como forma de resolver conflictos, deuteroprendizaje, responsabilidad, empoderamiento, las que consideramos repercutirán en el canal de comunicación y mensaje utilizados posteriormente por las familias, así como, en la continuidad de sus acuerdos.

Dichas herramientas o aprendizajes, son identificados por los participantes como “cambios” a nivel individual que, una vez internalizados, les han permitido realizar transformaciones en las relaciones de sus sistemas familiares, —por ejemplo— en el caso de los hombres con una mayor responsabilidad del rol paterno y de las mujeres, con una mayor capacidad para hacer explícitas sus necesidades. Este último punto, permite referirnos a un cambio relevante de la mayoría de las familias entrevistadas, las que describen una cantidad mayor de interacciones y mensajes del subsistema parental orientados al equilibrio, con el consiguiente beneficio que ello trae al sistema en su conjunto, aún cuando en primera instancia, lo que buscaron al acudir a la mediación era resolver un conflicto específico, la pensión alimenticia.

La mediación posee un valor innegable en cuanto a la resolución de conflictos, en tanto su espíritu reconoce que las

personas pueden por sí mismas hacerles frente de una manera no confrontacional, dándoles solución de forma autónoma. Sin embargo, a nuestro juicio la piedra angular de su eficiencia no es únicamente su metodología o estructura, sino sobre todo la capacidad del ser humano para aprender y desarrollar constantemente nuevas estrategias, para mejorar su calidad de vida, siempre que existan las oportunidades necesarias. En este aspecto, el Trabajo Social y la mediación poseen una premisa básica en común, la confianza en la naturaleza dinámica del hombre y su capacidad de cambio, siempre y cuando cuente con las herramientas apropiadas, algunas de las cuales, consideramos, puede encontrar en la mediación.

Tomando como base todos los elementos relacionados con los objetivos de la investigación, se podría concluir que el logro del objetivo general: “Conocer el impacto comunicativo y de aprendizaje que han tenido los sistemas familiares, en el proceso de mediación vivido en el Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial del Bio Bio”, está dado por las respuestas que —surgen del relato de los entrevistados, coherentes con los objetivos— propuestos.

Se podría afirmar que, el potencial educativo que se encuentra implícito en el proceso de mediación y que constituye el eje de la investigación, se refleja en los aprendizajes que las familias relatan haber interiorizado posteriormente. Estos a su vez, han influido en el canal y los mensajes que utilizan en la actualidad para resolver conflictos al interior del sistema familiar, alcan-

zando una mayor fluidez en su comunicación, haciéndose evidente la búsqueda de más y mejores canales para expresarlos, tales como la mayor recurrencia de interacciones, tanto cara a cara como telefónicas. De allí que el acuerdo que establecieron en el proceso continúe, ya que, al mejorar la comunicación entre sus miembros, han mejorado en cierta medida las relaciones, formando así un conglomerado interdependiente.

Esto nos permite afirmar, que los cambios experimentados por los individuos participantes de mediación, debido a los aprendizajes adquiridos en todas las áreas mencionadas — comunicación, empoderamiento, entre otras — han permitido impactar no sólo a quienes asistieron al proceso, sino también a sus sistemas familiares reorganizados. Al resolver el conflicto central de las pensiones alimenticias, se permitió la apertura de nuevos canales, que permitieron identificar, durante el proceso y posterior a éste, otros conflictos periféricos de importancia para el equilibrio del sistema, tales como falencias en comunicación, responsabilidad, entre otros. Más aún, sostenemos que el valor que tuvo su participación en el proceso no sólo está dado por el resultado obtenido, sino además por la experiencia de conocer una nueva forma de resolver conflictos, en un proceso que requirió en todo momento, del ejercicio de la autonomía y la participación activa de los sujetos como protagonistas de su propia historia.

También se hará mención al género, por constituirse en un factor relevante para

fundamentar las diferencias tanto en la concepción de los conflictos, como en la forma de conducirlos, las cuales se vieron reflejadas en el análisis de la información. No obstante, se cree que para proporecionar un enfoque global de estas diferencias, se debe tener en cuenta el sustrato cultural, que finalmente es lo que emmarca todos aquellos hechos que ocurren o que se construyen a través de la historias de los individuos. De las características que posee una cultura dependerán las costumbres, valores, principios, derechos, deberes, y la forma en que resuelvan sus diferencias y, por supuesto, la forma en que las transmitan.

Estas premisas permiten afirmar que las mujeres del estudio cuentan con una mayor habilidad o desarrollo para expresar ideas y emociones, lo que podría relacionarse con la existencia de competencias comunicativas otorgadas desde su condición femenina por la cultura a la que pertenecen, lo que supondría, en algunos casos, defender con mejores argumentos sus posturas ante el conflicto, al contar con el espacio necesario para hacerlo, puesto que permite equilibrar los poderes de los actores involucrados.

Importante resulta destacar que junto con las competencias comunicativas, se encuentra el conocimiento de las mujeres acerca de la realidad económica de los ex-cónyuges, lo que demuestra que, al hacer válidas sus solicitudes en relación a los montos requeridos, conocían lo que los varones podían aportar. Lo que se señala, no necesariamente refiere que los varones no posean una participación activa en los pro-

cesos vividos, sino que tanto sus competencias comunicativas como su rol dentro del juego de poderes era distinto, desde las diferencias de género. Lo anterior, se puede relacionar con el éxito femenino al momento de la firma de los acuerdos, en los cuales sin lugar a dudas, hicieron prevalecer sus condiciones.

Otro aspecto que surge del análisis, es el relacionado con la identificación de un modelo específico de mediación en los procesos vividos por los participantes. Según los elementos descritos por los individuos, y a la luz de los distintos modelos de mediación, se puede inferir que el Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de Concepción, tendió al uso del Modelo Lineal en sus intervenciones. Este se caracteriza porque el logro del acuerdo determina el éxito o fracaso del proceso, fundamentándose en la causalidad lineal, esto es, una sola causa para la existencia del conflicto. Consecuentemente con lo descrito, en los cinco casos analizados, el proceso contó con una sesión o dos, debido - probablemente - a la alta demanda de atención que presentan.

De acuerdo a lo señalado, se puede inferir que las partes tuvieron posibilidad de exponer la totalidad de conflictos que enfrentan, pero el mediador no pudo realizar un completo despliegue de sus habilidades. Orientada sólo al logro de un acuerdo muy específico, la mediación otorga aprendizajes, pero no alcanza su punto máximo, puesto que, no facilita una visión amplia y compleja de la realidad de cada caso, con todas las variables que están presentes (cultural-

les, etapa de vida, género, entre otras), lo que impide el desarrollo de un proceso más integral donde se tomen en cuenta todos y cada uno de los aspectos o conflictos que la pareja pudiera tener, sino más bien únicamente aquellos que fueron expuestos, lo cual en última instancia colaboró en la mantención del acuerdo central y su continuidad en el tiempo.

No obstante, este Modelo entiende la comunicación en un sentido lineal que involucre a dos individuos que se comunican, expresando su <<contenido>> y el otro <<escuchándolo>> o no. En este punto, el rol del mediador se limita a facilitar los espacios para dar pie a que las instancias comunicativas sean apropiadas y por tanto favorables para las partes.

El marco institucional que rige nuestra sociedad dificulta la concepción de formas de mediación que puedan contener todos los aspectos que señalamos, esto es, un tratamiento más complejo de las situaciones conflictivas con mayor número de sesiones. Lo importante en este punto, más que cuestionar la institucionalidad o el abordaje de la mediación, se orientaría a obtener los máximos niveles de eficiencia en pro de las personas que solicitan su apoyo en la resolución de conflictos. Estos podrían verse reflejados en cambios de conducta más significativos y permanentes.

Finalmente, la forma que aquí se propone, tiene que ver con una mayor integración de elementos pertenecientes tanto al Modelo Transformativo como al Modelo Circular Narrativo, por considerar que de

esta forma el acuerdo poseería una mayor consistencia. Ello se hace posible debido a que las características de estos modelos ofrecerían ventajas en aspectos en los que el Modelo Lineal presenta menor énfasis para la intervención familiar, como son el reconocimiento del co - protagonismo de las partes tanto en la creación del conflicto como en su resolución y la importancia de las relaciones que éstas mantienen, ya que, de ese modo sería posible que los participantes del proceso, posteriormente, pudiesen retomar sucesos o hechos de su historia común para de esa manera fortalecer el funcionamiento del sistema familiar u otras áreas.

#### BLIBLIOGRAFIA

- 1.- DE TOMASSO, ANTONIO: "MEDIACION Y TRABAJO SOCIAL"  
Editorial Espacio  
Buenos Aires, 1997.
- 2.- GOTTHEIL, J. y SCHIFFRIN, A.:  
"MEDIACION: UNA TRANSFORMACION EN LA CULTURA"  
Editorial Paidós  
Buenos Aires 1996.
- 3.- MATURANA, HUMBERTO: "DESDE LA BIOLOGIA A LA PSICOLOGIA"  
Editorial Universitaria  
Santiago, 1996.
- 4.- QUINTERO A.: "TRABAJO SOCIAL Y PROCESOS FAMILIARES"  
Editorial Lumen Humánitas  
Buenos Aires, 1997.

5.- RODRIGUEZ, D. y ARNOLD, M.:  
"SOCIEDAD Y TEORIA DE SISTEMAS"  
Editorial Universitaria  
Santiago, 1991.

6.- SUARES, MARINES: "MEDIACION, CONDUCCION DE DISPUTAS, COMUNICACION Y TECNICAS"  
Editorial Paidós,  
Buenos Aires, 1996.

7.- [www.intermediacion.com](http://www.intermediacion.com)

8.- <http://rehue.esociales.uchile.cl/publicaciones/moebio103/frprinci.htm>

Universidad Católica de Temuco



00067938

[www.crea.uct.cl](http://www.crea.uct.cl)  
e-mail: [crea@uct.cl](mailto:crea@uct.cl)  
Fono/Fax: (45) 205317