



III ENCUENTRO DE LAS AMÉRICAS DE RESOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS

Viña del Mar, Septiembre de 2004

EJE TEMÁTICO: MEDIACIÓN FAMILIAR

MEDIACIÓN FAMILIAR Y SISTEMA JUDICIAL:

**En busca de complementariedad e integración a partir de la experiencia del
Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales**

Felipe Viveros Caviedes

Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales, Ministerio de Justicia.
Departamento de Mediación, Instituto Chileno de Terapia Familiar.

Compañía 1390 oficina 1505, Santiago de Chile

Tel/fax: (562)695-7357 699-6024

Email. fviveros@manquehue.net

MEDIACIÓN FAMILIAR Y SISTEMA JUDICIAL:

En busca de complementariedad e integración a partir de la experiencia del Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales.

Felipe Viveros*

Introducción

En el presente artículo, quisiera presentar de modo breve e inevitablemente parcial, algunos aspectos relevantes sobre la vinculación entre un sistema de mediación familiar y el sistema de administración de justicia, que surgen de la experiencia de trabajo desarrollada por el Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales del Ministerio de Justicia (MINJU).

No es posible en esta oportunidad describir los caracteres y resultados de esa experiencia, aun en curso, relacionados con el empeño de contribuir a desarrollar en Chile una práctica consistente de mediación familiar, como parte de una política pública de justicia y como parte de una política pública de fortalecimiento y promoción de las relaciones paterno-filiales. Para tal efecto, remitimos al lector a la bibliografía que ha procurado sistematizar esa experiencia.¹

Con todo, cabe señalar que el esfuerzo de dicho Programa ha sido fundamentalmente el de poner a disposición de la comunidad servicios de mediación en el área de los conflictos de familia, vinculando formalmente dichos servicios con el sistema de administración de justicia, de manera que los acuerdos tengan validez y respaldo jurídico-institucional y que dicha actividad de mediación sea desplegada como experiencia piloto en relación con su futura integración en el sistema de Tribunales de Familia.²

El Programa de Mediación del MINJU comenzó a funcionar producto de una decisión de política pública que se vincula con la preparación y presentación al Congreso del proyecto de ley sobre Tribunales de Familia, el cual pretende reformar estructuralmente la actual judicatura de menores y establecer un nuevo procedimiento especial para tratar el contencioso familiar. Detrás de esta iniciativa se encuentran conceptos relativos a la adecuación de la justicia a las particularidades del litigio de familia, la visión interdisciplinaria, la función restauradora de la intervención estatal en

* Abogado. Mediador del Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales del Ministerio de Justicia (Chile). Integrante del Departamento de Mediación del Instituto Chileno de Terapia Familiar.

¹ Vargas Pavez, Macarena (ed.) y otros, Mediación familiar: Sistematización de una experiencia, Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales, Ministerio de Justicia 1997-2000, Santiago, Octubre 2001.

² Con fecha 30 de agosto de 2004 ha sido publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Esta ley, así como la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004, incorporan por primera vez en el ordenamiento legal normas especiales sobre mediación familiar que entrarán a regir en breve plazo.

estos casos y la modernización de la justicia, entre otros. Dicho procedimiento contempla una instancia previa de mediación, concebida como un trámite de rigor en la generalidad de los casos que conocerán esos nuevos tribunales.

El Programa busca ensayar un sistema de mediación “anexo” a los tribunales, inédito en el país, y adquirir cierta experiencia que permita perfeccionar su proyectada institucionalización legal. Es importante destacar que en los últimos años se han creado a lo largo del país varios centros de caracteres similares, sobre todo, en el contexto de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

Enfoques de la mediación

Podemos distinguir dos enfoques posibles en el abordaje de la mediación: un punto de vista que podemos denominar "*interno*", que se refiere a la dinámica interpersonal de los conflictos, que se relaciona con la percepción, la racionalidad, los riesgos y ventajas de la mediación, tal como los experimentan los usuarios, es decir, los particulares involucrados, y el mediador, quienes constituyen un particular y concreto “sistema mediador” que se orienta a la búsqueda de las soluciones consideradas por ellos como las más adecuadas en cada caso.

Un segundo punto de vista posible lo llamamos "*externo*", y tiene que ver con las políticas públicas de justicia, en particular con el análisis de costos y beneficios sociales y con la búsqueda de las fórmulas legislativas que la institucionalicen, todo ello en la búsqueda de la mejor ecuación que asegure, en términos generales, un óptimo de bienestar social, en este caso, el más eficiente, expedito, abundante y diversificado acceso a la justicia de la población en materias de familia. Se parte de la base que ello puede ser logrado mediante un nuevo proceso jurisdiccional adecuado, pero también, especialmente, ampliando la oferta de protección jurídica mediante el recurso a vías "alternativas" a dicho proceso (Peña, 1996).

La mirada "interna" se identifica con una visión "micro", a la cual le interesa el proceso particular de cada pareja en mediación, teniendo en perspectiva las contingencias de la relación y los desafíos que todo ello implica para un ejercicio fino y prolijo en la sala de mediación y sus frutos en cada sistema familiar considerado. Por su parte, a la mirada externa –o "macro"– le interesa más bien el efecto de la mediación sobre la litigiosidad en general y –si bien no exclusivamente– el problema global de costos y la posibilidad de descongestión del sistema judicial. Si bien se trata de perspectivas complementarias, no cabe duda que apuntan a objetivos inmediatos diferentes y, aunque debieran ser consideradas conjuntamente, eventualmente pudieren representar intereses no consistentes entre sí.

La perspectiva "interna" es la que parece más cercana a los practicantes de la mediación. Es evidente que la práctica reflexiva de la mediación permite inducir un conocimiento empírico, en que la percepción personal de los agentes y usuarios es un insumo decisivo. Por ello, en la perspectiva que hemos llamado interna el factor "satisfacción" tiene un valor prioritario que es buscado y evaluado en cada caso o

situación tratada en mediación. Lo anterior no significa que los mediadores no observen y evalúen la racionalidad del Programa o, en un nivel más general, la de un eventual sistema general de mediación, desde perspectivas "macro". En efecto, la visión crítica de los mediadores apunta precisamente a la falta de comprensión que la mirada "macro" más convencional suele exhibir por los aspectos cualitativos de la mediación, cuya desconsideración hace que las decisiones de política pública tiendan muchas veces a reforzar las disfunciones de la judicialización del conflicto familiar que se trata de superar (Coulson, 1996; Cárdenas, 1998).

La atención a los dos puntos de vista señalados parece particularmente pertinente en un Programa que se define como "anexo a los tribunales", en el que sus resultados tendrán efecto en dos niveles: por una parte, en el cuadro de derechos y deberes de cada pareja que acude a mediación y que construye su particular arreglo familiar y, por otra, en el marco global de actuación del sistema de administración de justicia (Álvarez y otros, 1996).

Establecida la posibilidad de esta doble mirada a la mediación, cabe señalar que la experiencia del Programa se ha visto abocada a enfrentar y resolver un sinnúmero de cuestiones propias de una práctica social de esta naturaleza. Se trata de problemas globales y específicos, algunos muy domésticos si se quiere, y otros que apuntan a dilemas importantes en toda intervención social y que en la mediación adquieren un carácter específico.

Es así como temas tales como el primer contacto con los usuarios, las formas de derivación desde otras instituciones, la forma de las citaciones, el plan de trabajo de la primera sesión, la pertinencia o no de efectuar sesiones individuales además de sesiones conjuntas y en qué casos, la necesidad de brindar información jurídica básica a usuarios que no pueden procurarse por sí mismos una asesoría legal, la intervención de abogados en la sala de mediación, la participación de niños y adolescentes, los dilemas que plantea la presencia de violencia en la relación de una pareja en mediación, las condiciones de la "homologación" judicial, la posibilidad de transitar hacia otros subsistemas de la red de ayuda, como el subsistema terapéutico, el judicial o el asistencial, en fin, varios otros, son, cada una de ellas, materias que merecen un debate especial y una particular forma de resolverlo por parte de una organización que pretende ofrecer seriamente la mediación como una alternativa para la comunidad (Alliende y otros, 2002).

Sin perjuicio de entrar en el detalle de algunos de los temas recién planteados, esta intervención quisiera centrarse en un punto que nos parece de la mayor importancia desde la perspectiva o concepción de un Programa como el del MINJU o cualquier otro que se plantee un vínculo con los tribunales de justicia.

Función judicial y función mediadora

A propósito de la relación mediación - tribunales, una primera tarea consiste en recordar esquemáticamente las características diferenciales entre la mediación y la función propia de los tribunales. De este modo tenemos que:

- El proceso judicial es confrontacional o “adversarial”, en tanto que la mediación es colaborativa o consensual.
- El proceso es un mecanismo cuya solución es impuesta, en tanto que la solución en mediación es negociada.
- El proceso implica una decisión heterónoma, es decir, adoptada por un tercero externo; la mediación implica una decisión autónoma, esto es, adoptada por los propios involucrados en el conflicto.
- El proceso posee una fuerza obligatoria y coercitiva que se sobreimpone a los partícipes, en tanto la mediación es una forma eminentemente voluntaria.
- El esquema del proceso es binario, es decir, se plantea como el enfrentamiento entre dos posiciones, una de las cuales finalmente es la vencedora y la otra es la perdedora (juego de suma cero); el esquema de la mediación procura un resultado de suma positiva, en que la solución es de mutuo beneficio para los partícipes.
- El proceso busca investigar y probar una realidad del pasado que sirva de fundamento a la sentencia del juez; la mediación, sin desconocer el pasado, propone enfatizar el futuro, a través de soluciones que aseguren un *modus vivendi* estable y satisfactorio para los partícipes.
- El proceso se materializa en un conjunto de actuaciones relativamente rígidas y estandarizadas, en tanto la mediación, sin desconocer una cierta estructura, permite pausas, vueltas atrás, nuevas propuestas, fórmulas y caminos novedosos y creativos.
- En el proceso, por regla general, impera el principio de delegación, por cuanto los abogados que representan a sus clientes suelen ser sus protagonistas; en la mediación prima el principio de participación directa de los interesados.
- El proceso se encamina hacia una resolución que, una vez acreditados los hechos, se sustenta en el derecho (los abogados hablan del “mérito del proceso”), en tanto la mediación se encamina hacia una resolución en la que lo importante es el acuerdo de las partes, sustentado básicamente sobre sus intereses comunes (si bien el derecho permanece como un telón de fondo).

La serie de contrastes planteados precedentemente, ¿significa que la diferencia y la distancia entre la mediación y la actividad judicial es inconciliable o irremontable?

Es sabido que a la justicia de familia la lógica adversarial le viene incómoda e inapropiada. Por ejemplo, la experiencia de la escalada del conflicto conyugal en sede judicial es profundamente negativa, de acuerdo con la información terapéutica. El proceso judicial sobre asuntos de familia, por su naturaleza, mucho más que en otras

materias, suele propiciar una agudización de la animadversión y la malquerencia entre las partes, continuando la lucha y la crisis de la vida real en el formato de un tribunal y con la ayuda de abogados expertos en destruir no solo los argumentos del rival sino a las personas mismas. Lamentablemente no son infrecuentes los escritos odiosos o denigrantes y las estrategias beligerantes con los que se trata de descalificar al adversario y atraer al juez a la razón que una parte cree tener en desmedro de la otra. El desenlace de todo esto suele ser mayor insatisfacción y frustración para los litigantes, sin contar el descrédito del sistema.

Es posible hablar de la limitación y tosquedad de las herramientas y soluciones de que dispone el sistema legal frente al conflicto familiar y la ruptura de pareja. Como hemos dicho, en la solución judicial prevalece la lógica adversarial y de adjudicación, de determinación de culpas pasadas, de heteronomía decisional, en fin, de amenaza de la fuerza estatal. Todo ello, paradójicamente, al servicio de derechos y deberes como los que presiden las relaciones de familia, que tienen un fuerte componente ético y de compromiso personal y que suponen continuidad y proximidad personal, todo lo cual hace más problemática la imposición jurídica. Ello hace necesario, por la inversa, la existencia de métodos *realmente* adecuados de resolución de conflictos, tendencialmente menos interventores y más discretos, *empoderadores* de los propios intervinientes y más considerados con la complejidad, evolución y perspectivismo de relaciones humanas que han llegado a un punto de quiebre (Ortemberg, 1996).

El dilema ineludible en este punto tiene que ver con el hecho de que la tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental.³ Se puede invitar a mediación, proponer el diálogo, intentar los acuerdos, pero es un contrasentido pretender que la mediación reemplace a la jurisdicción. Siempre una persona que cree amagados sus derechos debe tener la oportunidad de poner en movimiento la maquinaria de los tribunales. Puede decirse que el acceso a la justicia es un derecho ciudadano, como lo es también luchar por el reconocimiento del derecho que uno cree que le asiste. Para eso están los jueces, conquista institucional de todas las culturas desde época inmemorial, incluyendo los jueces de familia: terceros imparciales que, más allá de cierta discrecionalidad, deciden sobre la base de la ley, entendida esta como garantía de racionalidad y, sobre todo, de igualdad y libertad de las personas.

Ahora bien, surgen importantes interrogantes sobre la pertinencia de este discurso sobre los derechos cuando los problemas a tratar ponen en eventual antagonismo a los miembros de las familias. Consecuentemente, cómo podemos lograr que el sistema de justicia, integralmente considerado, se apropie cabalmente del conocimiento y habilidades necesarios para enfrentar los conflictos de familia. Nos parece que los mediadores deben encontrar su lugar en este sistema y obtener el reconocimiento que les permita ejercer su función. Es claro que los mediadores tienen funciones diferentes a los abogados, pues no asumen la posición de una parte ni la defienden; también son distintas a las de los jueces, pues no deciden lo que debe

³ Ver artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 19 N° 3° Constitución Política de la República de Chile.

hacerse ni tienen una autoridad imperativa; también son diferentes a las de los terapeutas, pues aunque integran muchos aspectos, no ponen el foco en la vida psíquica y relacional; finalmente, las funciones de los mediadores también son diferentes a las de los asistentes sociales, pues no orientan ni asesoran sobre recursos sociales.

La función de los mediadores es ayudar a buscar acuerdos, guiar el proceso de comunicación y diálogo, sorteando obstáculos, aglutinando los intereses comunes y ayudando a encontrar los recursos y las opciones que permitan llegar a los acuerdos. En los cortos años de trabajo como mediador, uno puede darse cuenta que no basta una inspiración conciliadora para ser un buen mediador, que la mediación no es una disciplina fácil como pareciera; muchos que se aproximan a la mediación por primera vez o que han tenido alguna experiencia en la construcción de acuerdos piensan que se es mediador innato, espontáneamente, por sentido común y buenas intenciones. No obstante, es importante que quienes nos hemos formado en profesiones “*solucionáticas*” (asistentes sociales, abogados, jueces, psicólogos) y queremos incursionar en la mediación, domesticemos el iluminismo y la impaciencia del saber especializado para dejar que afloren en plenitud las “*problemáticas*” desde la propia originalidad, dignidad y autonomía de los sujetos que acuden a la mediación.

Lo anterior parece particularmente válido para el ámbito del derecho y la justicia, que se conecta de modo cercano e intensivo con el quehacer de la mediación. Los tribunales buscan una sola verdad en el proceso, en tanto los mediadores tratan que los “mediados” construyan su propia verdad. En la coyuntura de conocer y aprobar los acuerdos de mediación es importante que los jueces resistan la tentación prescriptiva de su función decisonal, y que eviten que prime la razón administrativa de la organización judicial por sobre la voluntad más auténtica de quienes han logrado ponerse de acuerdo.

El desafío es, entonces, cómo articular mecanismos de resolución de conflictos que tienen racionalidades, reglas y técnicas de actuación diferentes al punto que pareciera que nunca se encuentran, que no se comprenden mutuamente y que recelan unas de otras. ¿Cómo hacer compatibles un mecanismo que plantea litigar e imponer un derecho objetivo con otro que plantea conversar, negociar y consensuar soluciones de mutua conveniencia?

En primer lugar, como organización mediadora, el Programa MINJU reconoce el papel fundamental que juega una adecuada justicia de familia. Hoy tal justicia está en un proceso de reforma legislativa que apunta hacia cambios substanciales. Una justicia adecuada para las familias debe reconocer que sus mecanismos de imposición y uso monopólico de la fuerza han de ser usados con extremada cautela, debe constituirse sobre una profunda base de conocimiento interdisciplinario sobre las plurales formas de organización familiar y, sobre todo, debe representarse explícitamente qué ocurre con esas personas, hombres, mujeres, niñas y niños y sus recíprocas relaciones, después del golpe de autoridad que significan los fallos judiciales (Hamel, Bernales y otros, 1995).

Por eso, el Programa, en su carácter de centro de mediación vinculado a la administración de justicia, se plantea como parte integrante de un sistema de justicia integrador, en que cabe el diálogo y la negociación asistida por mediadores y, por supuesto, cabe también la *última ratio* del recurso a los tribunales, no yuxtapuestos, sino como métodos que se reconocen mutuamente e interactúan entre sí de modo empático y complementario. La experiencia de nuestros centros, en tal sentido, se ha planteado como restauradora del vínculo coparental entre padres separados, cuando el caso proviene derivado de un tribunal, o bien, con carácter preventivo, cuando el caso llega sin una experiencia judicial previa de los interesados, incluso con la intención explícita de los mismos de evitar una eventual litigación. Lo anterior nos lleva a afirmar que la mediación “anexa” a tribunales permite mitigar la lógica adversarial, buscando el acuerdo directo de las partes, sin dejar de lado la garantía de certeza y confiabilidad del conjunto del sistema.

Necesidades versus derechos

En último término, el vínculo entre mediación y proceso judicial conduce a la necesidad de articular necesidades y derechos. Hasta ahora se ha mirado como si fuese una pugna irreductible la lógica de los derechos, propugnada por los juristas, versus la lógica de las necesidades, propugnada por los profesionales de las ciencias humanas (Folger y Jones, 1997). Como los mediadores tienen por lo general una determinada profesión de base, esta es una discusión habitual difícil de zanjar en forma definitiva. Quienes provienen de las ciencias sociales atribuyen al significado categórico y adjudicativo de los derechos “legales” la renuencia de la población a las soluciones de mutuo acuerdo. Quienes proceden del derecho como disciplina de base atribuyen a la noción de necesidades el defecto de la vaguedad y la subjetividad. ¿Quiénes tienen la razón?, ¿quién y cómo se determinan las “verdaderas” necesidades?, ¿seguir siempre la pauta de los derechos asegura arribar a soluciones justas y adecuadas para las familias?

Es evidente que la posición relativa de las personas, su cultura, su formación, sus oportunidades, su nivel de ingresos, su propia historia familiar, incluso su actual estado de ánimo, entre varios factores, condicionan su particular entendimiento sobre las necesidades propias y las de quien tienen al frente en la mesa de mediación. Consecuentemente, la actitud de los partícipes es determinante en la ponderación y denominación de situaciones complejas que requieren una disposición especial para el análisis y la escucha del otro, lo que redundará en atender a las necesidades del conjunto. Por otra parte, el lenguaje, los discursos, crean realidad. La manera de comprender una situación de conflicto se determina por la forma como los partícipes relatan y, con ello, construyen el mundo al que aluden.

Con todo, a mi modo de ver, es imprescindible hablar y proteger los derechos; la Convención de Derechos del Niño, por ejemplo, lo plantea como un mandato para los Estados firmantes. De hecho, la madre, el padre y los niños en mediación siguen siendo sujetos de derecho y en la mediación también ejercen su ciudadanía. Al invocar sus derechos buscan un punto de equilibrio que “suenen” justo públicamente o “en voz

alta”, por decirlo de algún modo. Lo que ocurre es que la justicia de la mediación puede ser diferente en matices o, incluso, radicalmente, a la que se puede obtener de un proceso ante un tribunal (Marlow, 1999). Y es en la mediación donde las necesidades pueden modular la intensidad de los derechos para que el resultado sea satisfactorio para todos. Y una última cosa, no menos importante, es que en el lenguaje corriente la gente habla de derechos y de necesidades, a despecho de los lenguajes profesionales.

Hacia la integración y complementariedad

En síntesis, la tarea de la mediación vinculada al sistema de justicia consiste en cómo hacer compatible la dialéctica de los derechos en pugna y sus respectivas estrategias de confrontación con el paradigma cooperativo de la mediación. Sin ánimo de dar respuestas concluyentes y definitivas, nos parece que en el amplio campo de la protección de los derechos –o, si se prefiere, de la satisfacción de las necesidades– existe espacio suficiente para una integración. El acuerdo aprobado pragmáticamente conforme a las leyes nacionales no obsta al horizonte transformativo que, en principio, abre la mediación (Baruch Bush y Folger, 1995). Es más, la integración entre ambos extremos resulta ineludible. En tal sentido, puede decirse que no existe incompatibilidad sino complementariedad entre el trabajo de los tribunales y el de los centros de mediación. La cuidadosa inserción de la mediación en el procedimiento establecido en la nueva ley sobre Tribunales de Familia confirma este aserto, al validarla antes de la interposición de una demanda o en cualquier momento del juicio antes de la sentencia.

Por otra parte, la adecuada interacción entre el quehacer de los tribunales y el de la mediación es una necesidad que observamos en la práctica día a día. Esa interacción requiere reforzar lazos de solidaridad y confianza mutua en las tareas diferentes pero complementarias que realizan jueces y mediadores. Y no debemos olvidar el papel de los funcionarios de secretaría del tribunal, que también son claves en el funcionamiento del circuito entre la mediación y la jurisdicción. Puntos claves de este itinerario, como el primer contacto, la información adecuada, el ofrecimiento de la alternativa de mediación y la derivación, por una parte y, posteriormente, el “regreso” al tribunal con el acuerdo firmado para la ratificación de las firmas, la constitución de patrocinio y poder (que quizás podría omitirse en muchos casos) y la aprobación judicial, implican una interacción basada en la solidaridad funcional de ambos quehaceres: el de los centros de mediación y el de los tribunales. Se debe tener conciencia que ambos son actores determinantes del acceso a la justicia, el cual, a su vez, es un subsistema inserto en una red social e institucional mayor.

Por otra parte, la justicia de familia a la que aspiramos como país y que, creemos, aparece prefigurada en la reforma actual, no debe ser una mera reproducción de la lógica autoritativa. En dicha reforma, tribunales y centros de mediación tienden a compartir ciertos principios comunes en el ejercicio de sus funciones propias. Estos principios se convierten en importantes factores de cooperación, según lo hemos comprobado ya en nuestra práctica. Los mediadores y los tribunales nos sentimos

contribuyendo a una tarea común en favor de las familias cuando en la base de nuestro quehacer respectivo propiciamos e intentamos aplicar elementos tales como:

- la aceptación de concepciones plurales de las relaciones familiares;
- el respeto a la autodeterminación de las personas y sus grupos familiares;
- una restricción a la lógica binaria “ganador-perdedor” de adjudicación de bienes y derechos;
- una adecuada consideración de los aspectos afectivos y relacionales;
- la confidencialidad como contexto de la intervención institucional y, consiguientemente, la confianza de los usuarios en las organizaciones y profesionales de apoyo;
- la protección de los niños/as y de los sujetos más vulnerables;
- cierta flexibilidad en las formas y una capacidad de reacción empática ante las contingencias de los procesos que se viven;
- contenidos pragmáticos, contextuales y contingentes en las decisiones o en los acuerdos, en su caso.

Es importante reconocer que en la realidad no siempre la interacción que hemos planteado funciona fluidamente. Las bases y el funcionamiento práctico de la mediación no es suficientemente conocido en el ámbito judicial y, por diversos motivos, un buen número de operadores judiciales no se han sentido hasta ahora concernidos ni comprometidos con ella. Cuando digo que no es conocido no quiero decir que los jueces o los funcionarios de los tribunales no sepan qué es la mediación, sino que, en general, no ha habido una cabal acogida y apropiación de los mecanismos alternativos, incluida la mediación familiar, como elementos que potencian un sistema de justicia cualitativamente mejor y más integrador y eficaz que el existente. En parte, este tema ha sido investigado a través de un estudio de percepciones realizado por nuestro Programa el año 2000 y publicado el 2001.⁴

Diversos protagonistas de la mediación familiar en Chile opinan que en buena medida la distancia que puede existir todavía entre el subsistema mediador y el subsistema judicial se acortará con la creación y puesta en marcha de los Tribunales de Familia y la renovación que ellos aportarán en lo que significa trabajo interdisciplinario, integración de realidades complejas, inmediatez del juez, celeridad de los procesos, soluciones cooperativas. Probablemente serán necesarios algunos años de implementación gradual en las distintas regiones del país y, sobre todo el compromiso y la energía decididos de parte del Estado para dotar a esta reforma de mentalidad, recursos y práctica verdaderamente renovadas. Para eso, la integración y la complementariedad sistémica entre mediación y jurisdicción debe prepararse y practicarse desde ya.

⁴ Vargas Pavez, Macarena (ed.) y otros, Mediación familiar: Sistematización de una experiencia, Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales, Ministerio de Justicia 1997-2000, Santiago, Octubre 2001.

En esta línea, a modo de ejemplos, me permito mencionar algunos aspectos normativos y funcionales que, a la luz de la experiencia del Programa MINJU podrían ser revisados en la relación tribunales-mediación:

- Aclarar la posibilidad de omitir el trámite de ratificación de las firmas puestas en un acta de mediación ante el secretario del tribunal. El secretario del juzgado en estos casos actúa como ministro de fe. Creemos que esa función puede cumplirla perfectamente el mediador, toda vez que de hecho la cumple cada vez que suscribe las actas de acuerdo a continuación de las partes.
- Definir la exigencia o no exigencia de patrocinio de abogado en las transacciones o acuerdos logrados en mediación que se sometan a aprobación judicial. No queda claro, pero al parecer los futuros centros de mediación deberán contar con un abogado patrocinante. Ello no parece conveniente, pues hará depender siempre la acción mediadora del estamento legal. Es necesario profundizar sobre este punto.
- A la luz de la tramitación paralela de las reformas a la ley sobre matrimonio civil, es necesario despejar de una vez para siempre el equívoco que hemos advertido en algunas autoridades, en el sentido de ver en la mediación un eventual dispositivo de buenos oficios para la reconciliación de las parejas. En la legislación comparada, lo que en nuestro medio llamamos mediación familiar es equivalente a la “mediación de divorcio” o de separación. De lo que se trata es acordar y regular los efectos de esa separación, especialmente respecto de los hijos. Las tareas de “recomposición” de la vida matrimonial o de pareja me parece que han de estar entregadas a otras instancias profesionales y espirituales, pero no a la mediación.
- Aclarar que los mejores casos mediables en asuntos familiares son los casos comunes y corrientes, en los que centralmente hay un término de la vida común y la necesidad de regular lo que ocurrirá en relación con el cuidado y mantenimiento de los hijos, la comunicación de estos con el padre o madre no custodio, la distribución de los bienes comunes. Los “casos difíciles” para un terapeuta o, incluso para un juez, donde por ejemplo, hay sospechas de violencia, abusos, enfermedades mentales, son precisamente los menos indicados para tratar en mediación.

Los anteriores son algunos aspectos de la mirada “interna” de la mediación que he identificado al comienzo de esta exposición, que pueden aportar a la mirada “externa”. En la discusión reciente del proyecto de ley ahora estrenado, muchos aportes fueron considerados por los legisladores, contribuyendo así a un mejor producto legislativo que requería una mirada bajo otros paradigmas. Poner de relieve estos puntos y otros pueden servir para mejorar la comprensión y relación mutua de la mediación con los tribunales de justicia, tanto en aspectos normativos como estructurales y funcionales. Con modestia y, probablemente con fallas que hay que corregir –y también con limitaciones no atribuibles al desempeño del Programa–, esto

es lo que intentamos hacer desde centros de mediación que se plantean como “anexos” o relacionados con los tribunales.

Más allá de lo dicho, me atrevo a afirmar, y con esto no digo una novedad, sino una opinión bastante compartida, que los aspectos claves que hay que pulir en la mediación anexa a tribunales son los aspectos culturales. Tanto la *cultura interna* de los profesionales: jueces, mediadores, funcionarios administrativos de los tribunales y funcionarios de las oficinas de mediación, todos ellos debemos aprehender y comprender el propio lugar y el de los demás actores en un sistema integrado de justicia. Como es una tarea nacional de largo plazo, el acento debe ponerse en la formación de los mediadores y, más tempranamente, en la de los futuros profesionales en las escuelas universitarias. Por otra parte, es clave mirar también la *cultura externa*, es decir, el saber, la convicción y la confianza de la población potencialmente usuaria, en cuanto a que tiene a su disposición y puede recurrir a instituciones que le brindarán los servicios que necesite. Con todo, en este punto se requiere todavía un gran esfuerzo de difusión que se encuentra pendiente, responsabilidad prioritaria de las políticas públicas del Estado con la contribución de centros académicos, ONGs y otras organizaciones sociales.

En síntesis, de la experiencia general del Programa de Mediación Familiar del MINJU se puede concluir varias cosas útiles para la relación de este nuevo mecanismo de resolución de conflictos con los tribunales de justicia. Como cuestiones de fondo, nos permite comprender el valor y la necesidad de expandir el campo y las capacidades de voluntad autónoma de los sujetos: padres y madres, niños y niñas, ex parejas; nos permite dimensionar la primacía del derecho a la convivencia familiar como contexto de todos los derechos del niño y clave para la satisfacción de sus necesidades y el fortalecimiento del ejercicio de la coparentalidad. Como cuestiones metodológicas, nos permite intentar día a día el ajuste entre necesidades y derechos de las personas, encaminándonos hacia la “transdisciplina” que los asuntos de familia requieren y, sobre todo, nos pone en evidencia el imperativo de la complementariedad y la integración cooperativa entre ambos espacios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvarez, Gladys S., Elena I. Highton Y Elías Jassan. Mediación y justicia, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996.

Alliende Luco, Leonor y otros. El proceso de mediación, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 2002.

Baruch Bush, R. A. y J. P. Folger. La promesa de la mediación, Ediciones Granica, Buenos Aires, 1ª. ed. 1995.

Bernal Samper, Trinidad. La mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja, Editorial Colex, Madrid. 1998.

Cárdenas, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*, Editorial Lumen/Humanitas, Buenos Aires, 1998.

Coulson, Robert. *Family mediation: Managing conflict, resolving disputes*, Jossey-Bass Publishers, 2nd. Ed., San Francisco, 1996.

Folberg, Jay y Alisson Taylor. *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa Noriega Editores, México, 1992.

Folger, Joseph P. y Tricia S. Jones (comps.). *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1997.

Hamel, Patricia, Bernal, Sergio y otros. *Separación matrimonial: ¿Litigar o consensuar? Antecedentes y consecuencias*, en *Revista De Familias y Terapias*, año 3, N° 6, noviembre 1995.

Marlow, Lenard. *Mediación familiar: Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Ed. Granica, Buenos Aires, 1999.

Moore, Christopher. *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, trad. de Aníbal Leal, Ediciones Granica, Buenos Aires, 1995.

Ortemberg, Osvaldo D. *Mediación familiar. Aspectos jurídicos y prácticos*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1996.

Peña, Carlos. *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos*, Informe de proyecto sobre equivalentes jurisdiccionales, documento de trabajo, CDJ-CPU, Santiago, 1996.

Vargas, Juan Enrique. *Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial*, en *Sistemas Judiciales N° 2*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA, Santiago, 2002.

Vargas Pavez, Macarena (ed.) y otros. *Mediación familiar: Sistematización de una experiencia*, Ministerio de Justicia, Santiago, noviembre 2001.