

# ELEMENTOS DE MEDIACION FAMILIAR APLICABLES EN ASISTENCIA JURIDICA

## INTRODUCCION

Los servicios estatales de asistencia jurídica tienen como misión no sólo la de otorgar defensa judicial a quienes no pueden procurársela por sí mismos, sino más

ampliamente, acercar la justicia a las personas. Esto es recogido en el Proyecto de Ley que crea las Corporaciones Regionales de Asistencia Jurídica, en actual tramitación parlamentaria, y por la definición de misión y práctica del Programa de Asistencia Jurídica: "Acceso a la Justicia", que ejecuta el Ministerio de Justicia desde mayo de 1993, precisamente como una "marcha blanca" de las nuevas Corporaciones.

Esta definición amplia de asistencia jurídica incorpora un sinnúmero de actividades y modalidades de actuación, que varían según los requerimientos de cada comunidad y los obstáculos existentes en cada localidad para acceder a la justicia. En algunos lugares el tema de la inaccesibilidad es fundamentalmente un problema

### CRISTIAN CORREA MONTT

Abogado, Coordinador de Unidades Operativas,  
Programa de Asistencia Jurídica: "Acceso a la justicia",  
del Ministerio de Justicia.

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales  
P. Universidad Católica de Chile  
Master en Estudios Internacionales de Paz.  
Universidad de Notre Dame, EE.UU.

geográfico, donde centros poblados se encuentran muy distantes de los servicios de justicia. En otras partes, las dificultades están dadas por la desinformación acerca de los derechos y la

forma de hacerlos efectivos.

Otro aspecto relacionado con la carencia de justicia es la dificultad para acceder a mecanismos adecuados de resolución de conflictos. Los mecanismos jurisdiccionales muchas veces no son los más efectivos para resolver ciertas disputas, sin considerar además, el atochamiento de los tribunales, su ritualidad, la existencia de un lenguaje y código de comportamiento desconocidos para las personas y la exigencia de contar con patrocinio de abogado para comparecer ante ellos.

Por esta razón, se considera que una de las labores más importantes de los servicios de asistencia jurídica es la de ofrecer mecanismos de resolución de conflictos alternativos al jurisdic-

cional. El empleo de ellos permite resolver disputas no sólo más oportunamente, sino también en forma más adecuada al conflicto y a lo que esperan las partes.

Dentro de los diversos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la mediación ofrece numerosas ventajas para ser empleada en los consultorios de asistencia jurídica. Además, la enorme incidencia de asuntos de familia hace aconsejable estudiar el aporte de las experiencias de mediación familiar no sólo como modelo de resolución de conflictos, sino también para la atención general que realizan los consultorios de asistencia jurídica, como por ejemplo, en materia de técnicas de verificación o de consideración de las necesidades subyacentes de las personas durante la entrevista.

Por otra parte, la mediación es un mecanismo de resolución de disputas centrado en el protagonismo y responsabilidad de las partes. Como tal, constituye un mecanismo de promoción de la participación de los ciudadanos en asuntos tan vitales como la resolución de sus conflictos. En ese sentido, el empleo de la mediación es coherente con una propuesta democrática de asistencia jurídica, centrada en la entrega de conocimiento jurídico a las personas con el objeto que ellas ejerciten por sí mismas sus derechos.

En consecuencia, resulta de sumo interés analizar cómo la mediación familiar puede ser aplicada en el modelo de asistencia jurídica que se está implementando en el país, pues ella puede aportar valiosos elementos que enriquezcan la intervención sociojurídica en materia familiar y, a su vez, desarrollar un modelo específico de mediación al interior de los consultorios de asistencia jurídica. La coyuntura actual de reforma al sistema de asistencia jurídica, es favorable para producir cambios significativos en esta materia, lo que debe ser aprovechado.

## 1. LA MEDIACION FAMILIAR, ANALISIS DE UNA DEFINICION

Desde su súbita irrupción en América Latina y, particularmente Chile, mucho se habla sobre mediación. El impulso dado por la cooperación internacional de Estados Unidos, en materia de refuerzo de los sistemas judiciales e implementación de la mediación, ha hecho rápidamente popular el término mediación en los círculos judiciales y de trabajo social. El empleo frecuente de la mediación en conflictos internacionales también ha ayudado a popularizar el término. Ello ha favorecido a su divulgación masiva, pero también ha hecho cada vez más impreciso su real significado y sus características específicas como técnica.

Más específicamente, la mediación familiar es definida como la "búsqueda de una solución justa y equitativa, por todas las partes, con la ayuda de un tercero imparcial, frente a un litigio"<sup>1</sup>. Esta definición tiene varios elementos que es conveniente analizar con detenimiento:

1. La mediación familiar como *búsqueda* significa que es un procedimiento en el que se le exige a las partes ser activas y protagonistas. En este sentido, la mediación refuerza la noción de responsabilidad de las partes en la solución del conflicto. Sin la participación activa de las partes no se podrá revelar sus necesidades, ni se obtendrá su consentimiento en miras al acuerdo y a su cumplimiento efectivo. Ellas deben estar interesadas en el proceso y deben sentirse protagonistas de éste. Esto se contradice con la común actitud paternalista que frecuentemente es requerida a los profesionales de la asistencia jurídica, a quienes las partes demandan la definición de lo que es "legal y justo" para su problema, tentación ante la

<sup>1</sup> BRISSON, Pierrette. Diploma de Mediación Familiar, impartido por la Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile, enero 1997.

cual fácilmente sucumben los profesionales deseosos de ayudar.

Este elemento activo se relaciona también con el tema de la voluntariedad de la mediación. Este es un asunto complejo al cual no se pretende dar respuesta en este ensayo. Sin embargo, resulta útil considerar el concepto de Moore en términos de la *aceptación de las partes al involucramiento del mediador*<sup>2</sup>. No es necesario, dice el autor, que las partes deseen gustosamente que un tercero se meta en su problema, pero sí que aprueben la presencia del mediador y estén dispuestas a escucharlo y a considerar sinceramente sus sugerencias. Esto no debe ser entendido, necesariamente, que la convocatoria a la mediación no pueda ser obligatoria o prerrequisito para presentar una demanda judicial, en algunos casos. Sin embargo, es preciso considerar que para que la mediación tenga éxito la actitud de las partes es fundamental.

Este rol protagónico de las partes que caracteriza a la mediación familiar es importante también en cualquier intervención en materia familiar. Los primeros responsables de la formación y cuidado de los hijos son los padres. El Estado, en su rol subsidiario, debe propender a estimular e incrementar la capacidad de los pa-

dres para asumir esta responsabilidad. En materia de mediación familiar, esto está presente en todo el proceso, el cual precisamente estimula la capacidad de los padres de identificar sus necesidades, comunicarse, buscar opciones, decidir conjuntamente y asumir la responsabilidad del cumplimiento.

Además, se entiende que la mediación familiar no es sólo una mecánica para resolver el conflicto presente, sino también un instrumento que permita a las partes resolver conflictos futuros. Para ello, la intervención de los profesionales debe intentar

potenciar los recursos propios de las partes, afianzar sus competencias y desarrollar destrezas, en lugar de substituir a los padres en sus responsabilidades. Es parte consustancial a la mediación un tipo de acción experiencial, que implique *aprender a aprender*.

Esto no es sólo importante en mediación, sino en toda intervención social. Más allá de las complejidades de la temática jurídica, la valorización de las competencias de la persona y

la identificación y empleo de sus propios recursos, permite encontrar soluciones más adecuadas, comprendidas por ésta y ejecutables por ella misma.

El rol del profesional de asistencia jurídica desde esta óptica cambia radicalmente. Si bien el profesional mantiene su experticia en su ciencia, reconoce también la experticia de la persona en su problema en el manejo de los recursos que dispone. El profesional

*"Se entiende que la mediación familiar no es sólo una mecánica para resolver el conflicto presente, sino también un instrumento que permita a las partes resolver conflictos futuros".*

<sup>2</sup> MOORE, Christopher W. "The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts" Jossey-Bass Publishers, San Francisco, Second Edition, 1996, p. 15.

debe asumir un rol de facilitador, orientando a la persona para identificar el problema y para buscar alternativas de solución.

La tarea no es fácil, pues frecuentemente la persona se encuentra abrumada y confundida por su problema, arrastra una historia de desesperanza aprendida, y precisamente concurre al consultorio de asistencia jurídica abrumada por su sensación de incapacidad para resolver el problema por sí misma. No obstante, por la misma razón es necesario que la intervención intente devolverle su percepción de su propia competencia, de manera de revertir la sensación de impotencia.

Una intervención de este tipo tiene una importante consecuencia en la salud mental del profesional. En la medida que refuerza la responsabilidad y capacidad de la persona para hacerse cargo del problema, y se considera un facilitador de este proceso de asesoría para que ella encuentre la mejor solución, no se sentirá asumiendo la pesada responsabilidad de resolver él un problema que es de otro.

De esta forma se revierte una tendencia natural de los profesionales del área social que tienden a asumir los problemas ajenos como propios y culpabilizarse por no encontrar soluciones satisfactorias, lo que se traduce en definitiva, en un enorme desgaste. Esta consecuencia de modificar la actitud y rol como se enfrentan los problemas, implícita en la mediación, puede tener un gran impacto para el autocuidado de los profesionales en otras áreas del trabajo jurídico o social.

2. Se busca una *solución*, es decir, la óptica está puesta en el futuro y con una mirada posi-

va. Se persigue resolver una situación hacia el futuro. En este sentido el pasado no es garantía de futuro, es decir, el primero determina al segundo. En la medida que el proceso y el acuerdo refleje las necesidades básicas de las partes, el conflicto se transforma, existiendo una esperanza de cambio. No se intenta buscar a los culpables del conflicto, por lo que se recurre al pasado sólo con el intento de conocer las necesidades de

las partes.

Esto constituye una especie de revolución copernicana para la concepción tradicional del conflicto como algo puramente negativo, en el cual hay culpas que expiar y culpables que perseguir. Esta óptica no significa desconocer el pasado, sino colocarlo en un adecuado lugar

en función al futuro que se desea.

La concepción positiva y funcional del conflicto, que subyace en la mediación, potencia la capacidad de las partes para construir relaciones sanas y constructivas. La mediación enfatiza la capacidad de cambio de las partes y de enfrentar el futuro desde una perspectiva positiva y benéfica para sus necesidades. En este sentido, no elimina el pasado de conflicto ni le teme a éste, pero no se centra en culpabilizaciones, estigmatizaciones ni determinismos, lo que permite poner el pasado en su correcto lugar. Ello hace posible no temerle al conflicto ni a las situaciones ya ocurridas, sino centrarse en las futuras relaciones.

Desde esta perspectiva, en los principios que iluminan la mediación es posible encontrar orientación no sólo para el actuar individual, sino social y político. Esta noción del conflicto no sólo es sano para los individuos

*"El profesional debe  
asumir un rol de  
facilitador, orientando a la  
persona para identificar el  
problema y para buscar  
alternativas de solución".*

involucrados en un litigio, sino también para las sociedades que han vivido situaciones traumáticas y conflictos profundos, como la chilena. Por ello, la introducción de la mediación como mecanismo de resolución de disputas puede tener un impacto a nivel de la cultura muy positivo y enriquecedor para la convivencia nacional.

3. La solución que se busca no es cualquiera. Ella debe ser *justa y equitativa*. Es importante hacer la distinción entre un acuerdo justo y equitativo y un acuerdo legal o apegado a derecho. La mediación no hace caso omiso al derecho, pero tampoco se limita a lo señalado por la ley. Sabemos que la ley no es necesariamente sinónimo de lo justo y que su aplicación a las situaciones concretas implica interpretaciones y especificaciones pocas veces unívocas.

Salvo aquellos derechos irrenunciables, las partes son invitadas a explorar sus necesidades más allá de lo prescrito por las normas. Desde el momento que se entrega tanto valor al consentimiento de las partes, resulta fundamental que ellas cuenten con toda la información y orientación jurídica necesaria. Existiendo el adecuado conocimiento del derecho, las partes pueden prescindir de aquellas normas jurídicas renunciadas. Ello constituye una afirmación de la capacidad de éstas para asumirse como protagonistas y responsables de la solución del conflicto.

El acuerdo debe ser equitativo, es decir, debe dar a cada uno lo que le corresponde según un criterio de justicia. Ello no significa un forzado igualitarismo, sino al contrario, que la solución satisfaga a las partes en función de sus necesidades.

Desde esta perspectiva, resulta fundamental detenerse en el énfasis que la mediación hace en la determinación de las necesidades de las partes. En este aspecto, la mediación

se basa en los principios de la negociación colaborativa, que sostiene que "el problema básico en una negociación no es el conflicto entre posiciones, sino el conflicto entre las necesidades, deseos, preocupaciones y temores de las partes"<sup>3</sup>.

Las posiciones definidas por las partes son una manifestación de sus necesidades más profundas, pero éstas no se reducen a aquellas. Las posiciones son consecuencia de las necesidades, por lo que es preciso identificarlas a través de la exploración de los motivos que provocan tales posiciones. Existen varias posiciones que pueden satisfacer el interés o la necesidad subyacente, por lo que reconocer las necesidades permite desentramar el conflicto y descubrir dichas opciones alternativas. Esto hace posible encontrar soluciones satisfactorias para las necesidades de ambas partes.

Al comprenderse las necesidades de las partes resulta imposible limitarse exclusivamente a aquellos hechos señalados al trabarse el conflicto. En el proceso de mediación pueden aparecer nuevos hechos o asuntos en disputa, necesidades no reveladas anteriormente, así como nuevas personas involucradas con intereses independientes. Ello obliga a prescindir de instituciones como la *ultra petita*, que limitan los aspectos sobre los cuales puede pronunciarse la sentencia judicial a aquellos manifestados originalmente por las partes en la etapa de discusión del proceso.

En cualquier conflicto puede ser importante realizar ejercicios de empatía de una parte con las necesidades del otro, de forma de disminuir la intensidad del problema. La identificación y toma de conciencia de las propias necesidades y las de los demás involucrados es una técnica aplicable también a otras intervenciones en materia de asis-

<sup>3</sup> FISHER, Roger; URY William, y PATTON, Bruce. "Sí... ¡de acuerdo!". Editorial Norma, Bogotá, 1995. p. 48.

tencia jurídica. Ello requiere del profesional una actitud activa por profundizar en el relato del usuario y por preguntar las causas que subyacen en los hechos relatados y en las posiciones que éste asume.

En casos de maltrato infantil por negligencia, en los que no existe un riesgo grave o urgente para la integridad del hijo, puede ser muy conveniente emplear este tipo de estrategia, con el objeto de que los padres reconozcan las necesidades de su hijo y reconozcan también sus propias necesidades. En lugar de enfatizar la culpa de éstos por su maltrato, identificando sus necesidades, podrán adoptar actitudes que compatibilicen el bienestar del hijo con el propio.

4. La solución debe satisfacer a todas las partes en litigio, es decir, no sólo a quienes se presentan como partes formales, sino también a los demás directamente involucrados. Ello es particularmente importante en mediación sobre conflictos de pareja, donde es indispensable recoger las necesidades de los hijos, quienes escasamente se presentan como partes formales. Esto exige que en el ejercicio de identificación de necesidades se incluyan las de aquellos que no están presentes, y ellas se consideren en la búsqueda de las opciones. Para los padres puede resultar muy importante reconocer las necesidades de sus hijos en forma independiente de las propias, así como conocer la forma como el conflicto los afecta.

Aquí se aprecia una diferencia significativa con el sistema de procedimiento civil chileno, en el que se restringe el conflicto a las partes formales, se considera a los padres o tutores como representantes de los intereses de sus hijos, excluyéndose la existencia de intereses incompatibles salvo excepciones. Para obtener un acuerdo que resuelva el conflicto en forma permanente, se necesita no sólo admitir la posibilidad de que terceros con intereses relevantes independientes o in-

compatibles se hagan parte del proceso, sino abiertamente invitarlos e incorporarlos al proceso.

5. Uno de los elementos más característicos de la mediación es la participación de un *tercero neutral que ayuda* a las partes a buscar la solución. En primer lugar, se trata de un *tercero*, una persona no directamente involucrada en el conflicto. Este es un elemento fundamental en el manejo del conflicto y en su solución, pues es la participación de un "outsider", de un extraño al conflicto, lo que frecuentemente provee a las partes con nuevas perspectivas en los asuntos que los dividen y en un proceso más efectivo de construcción de una relación orientada a la solución del problema<sup>4</sup>. Como tal, posibilita traducir las críticas de las partes en manifestación de sus necesidades, ayudando a desentramar la situación de conflicto permitiendo a las partes salir de sus posiciones y reconocer las necesidades propias y del otro. Como extraño, permite darles perspectiva a las partes, multiplicando las opciones de solución.

El mediador es entendido como un tercero que facilita la discusión, dirige el proceso y es responsable de éste, pero no del resultado<sup>5</sup>. El facilita el proceso de revelar las necesidades de las partes, ayuda a la generación de opciones y asesora a las partes en la toma de decisiones, de forma que convengan una solución que satisfaga a todas las necesidades y que sea realizable.

Los roles del mediador son numerosos, como iniciador y facilitador de la comunicación, abriendo o fortaleciendo los canales de comunicación existentes; como legitimador de las partes, ayudándolas a reconocer el dere-

<sup>4</sup> MOORE, op.cit. p. 15.

<sup>5</sup> LAURENT-BOYER, Lisette. "La médiation familiale: définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et étude de modèles" (coordinadora). "La Médiation Familiale". Les Éditions Yvon Blais Inc. Cowansville (Québec), 1992. p. 5, citando a Haynes, 1989.

cho de la otra a ser parte de la negociación; como facilitador del proceso, proveyendo el procedimiento y encabezándolo; ampliando los recursos de las partes, orientándolos a la búsqueda de asesoría de expertos cuando es necesario; como explorador de problemas, haciendo a las partes examinar un problema desde diversos puntos de vista y reconocer opciones favorables para ambos; como agente de realidad, ayudando a las partes a construir un acuerdo razonable e implementable, así como cuestionando a aquellas que persiguen objetivos extremos o irreales, e incluso como chivo expiatorio, en caso de fracaso, permitiendo a las partes no perder cierto grado de integridad o legitimidad que permita iniciar un nuevo proceso. El mediador conduce el proceso, lo lidera, es quien toma la iniciativa para mover la negociación adelante a través de sugerencias de procedimiento o, en ocasiones, sustantivas<sup>6</sup>.

No obstante, no hay que olvidar que las partes son las protagonistas del proceso. Ello es importante tanto desde la perspectiva del proceso de mediación como desde la legitimidad y garantía de efectividad del resultado. En la medida que el proceso es participativo, que las partes se sienten reflejadas en él y que éste ha considerado sus necesidades, el acuerdo también las representará. Ella es la principal garantía de cumplimiento.

El tercero debe ser *imparcial*. Debe ser percibido por las partes como imparcial, cuidando que ellas no se sientan amenazadas por su comportamiento. Sin embargo, esto no quiere decir absoluta neutralidad, pues no puede pretender ser absolutamente neutro. Al contrario, debe estar muy consciente de sus prejuicios e inclinaciones. Además, debe preocuparse de mantener cierto

equilibrio de poder entre las partes, interviniendo activamente en la distribución del tiempo con que las partes emplean la palabra, el clima de respeto y la sensación de seguridad de las partes.

El mediador también puede intervenir sugiriendo soluciones que amplíen el espectro de alternativas que manejan las partes. Pero este rol activo no significa que él tome las decisiones o las imponga a las partes, sino que las ayude a identificar el amplio espectro de posibilidades de solución y a decidir una realista y que satisfaga las necesidades de todos los involucrados.

## 2. MODELO DE ASISTENCIA JURIDICA

La Justicia es generalmente percibida como ineficiente, discriminatoria, arbitraria y lenta<sup>7</sup>. En el caso de las personas pobres, estas características se acentúan, al carecer de la debida orientación para conocer y ejercer sus derechos. El estudio citado concluye que existe un enorme desconocimiento de las personas acerca de sus derechos, lo que inhibe a recurrir a la Justicia, así como que el acceso a un abogado gratis es percibido como muy difícil de conseguir, de lo cual se deriva una fuerte crítica a la difusión, cobertura y eficacia de los servicios de asistencia jurídica<sup>8</sup>.

Con el objeto de hacer frente a esta situación se presentó, en noviembre de 1992, un Proyecto de Ley que perseguía crear un *Servicio Nacional de Asistencia Jurídica*, el que posteriormente fue reformulado, en miras a la creación de *13 Corporaciones Regionales de Asistencia Jurídica*. El proyecto, tanto en su idea original como después de su reformulación, persigue "estructurar un sistema de asistencia jurídica gratuita para las personas de escasos recursos"<sup>9</sup>, a tra-

<sup>6</sup> MOORE, op.cit. p. 19.

<sup>7</sup> CORREA, Jorge, y BARROS Luis (ed.). "Justicia y Marginalidad: Percepción de los Pobres", CPU/DESUC, 1993. pp. 24 y 25.

<sup>8</sup> CORREA, Jorge, y BARROS Luis, *Ibid.* pp. 101 y 107.

vés de la "ampliación del sistema de asistencia judicial, que hoy se encuentra consagrado, a uno de asistencia jurídica, concepto este último que incluye aspectos tales como los de prevención de conflictos jurídicos, asesoría legal y vías alternativas de resolución de conflictos, sistemas todos que implican una mayor cobertura, descomgestionan la vía jurisdiccional y permiten evitar o solucionar de un modo adecuado los conflictos jurídicos de la población de escasos recursos"<sup>9</sup>.

Paralelamente, a partir de mayo de 1993, el Ministerio de Justicia puso en marcha un proyecto destinado a explorar un modelo de funcionamiento concordante con la propuesta legislativa, denominado *Programa de Asistencia Jurídica: Acceso a la Justicia*. Este Programa, que se inició en 19 comunas pobres de las regiones Metropolitana y del Biobío, se ha ampliado hasta llegar a 52 comunas en 6 regiones del país.

El modelo de asistencia jurídica desarrollado por el Programa incluye diversos tipos de acciones:

- Entrega de orientación e información jurídica y social a las personas acerca de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos;
- Diagnóstico de los problemas planteados por los usuarios y derivación mediante un formulario, en el que se precisa la institución derivada y los requisitos que debe cumplir para solicitar asesoría en ella, así como los documentos que debe acompañar;
- Empleo de técnicas de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean a través de procesos híbridos en los que los profesionales facilitan el acuerdo de las partes;
- Desarrollo de acciones de difusión de dere-

chos como estrategia de prevención de conflictos a grupos vulnerables, a través de programas radiales y charlas;

- Activación e integración a las redes sociales locales, con el objeto de impulsar iniciativas con otras instituciones y perfeccionar la coordinación local para mejorar la prevención y los flujos de atención, y
- Representación judicial en aquellos casos en que el asunto lo requiera y no sea posible llegar a acuerdo entre las partes.

Estas acciones son realizadas por abogados y asistentes sociales, quienes trabajan en equipo compartiendo las responsabilidades. Ultimamente se han incluido psicólogos a estos equipos al crearse *Unidades de Atención de Víctimas de Delitos*, que ofrecen asistencia para la defensa de los derechos de las víctimas y para la superación de la crisis en que ellas se ven envueltas a raíz del delito.

Cabe señalar que el 43% de los asuntos atendidos por el Programa son materias de familia, entre los que se cuentan principalmente conflictos derivados de la separación de cónyuges o convivientes. La mayor parte de los acuerdos extrajudiciales que se logran se refieren a pensiones de alimentos, regímenes de visita o decisiones acerca de la tuición de los hijos. Ello refuerza el potencial que ofrece la mediación familiar como aporte teórico y práctico a la labor que desarrolla el Programa, así como para el modelo de asistencia jurídica que, desde él, se intenta desarrollar.

Además de su labor propia, el Programa impulsa diversas iniciativas encaminadas a mejorar el acceso a la justicia de las personas y especialmente de los pobres. Ejemplos de estas iniciativas son el desarrollo de una *Guía de Operadores de Justicia para Sectores Pobres*, que busca ampliar el conocimiento del derecho y mejorar la capacidad de agentes, sean o no abogados, para entregar orientación y conocimiento jurídico, o la preparación de apodera-

<sup>9</sup> Mensaje del Presidente de la República al Presidente del Senado, mediante el cual remite el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Asistencia Jurídica, N° 177-325, de fecha 4 de noviembre de 1992.

<sup>10</sup> Mensaje del Presidente de la República al Presidente del Senado mediante el cual formula indicaciones al Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Asistencia Jurídica, N° 336-329, de 20 de septiembre de 1994.



dos, profesores y alumnos de escuelas primarias como monitores en derechos de la infancia.

Detrás de la noción de mejoramiento del acceso a la justicia, se persigue profundizar la democracia a través de fomentar la participación de las personas en el ejercicio de sus derechos y en la prevención y resolución de conflictos, fomentando la responsabilidad individual y social en los temas de justicia, y estimular el sentimiento de titularidad de los derechos por parte de los ciudadanos. Estos principios a los que se aspira son muy concordantes con la mediación familiar.

El actual escenario constituye una inigualable oportunidad para la creación de un modelo de asistencia jurídica que haga realidad los principios enunciados. Los cambios legislativos propuestos tienen muchas posibilidades de dar cabida a los cambios profundos en el funcionamiento del sistema de asistencia jurídica, dado el respaldo y la legitimidad de la experiencia del Programa, que ya lleva cuatro años de duración. Por ello, la introducción de elementos de mediación familiar en el Programa de Asistencia Jurídica puede producir un impacto muy favorable al sistema de asistencia jurídica, con posibilidades muy ciertas de ser aplicado a nivel nacional.

### **3. LA MEDIACION EN LA ASISTENCIA JURIDICA COMO METODO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS**

Como se ha señalado, una de las funciones de un sistema público de asistencia jurídica es la de ofrecer mecanismos eficaces de resolución de conflictos. La asistencia jurídica, en su misión de proveer a las personas de orientación jurídica y representación judicial, debe ofrecerles a éstas todos los mecanismos existentes a su disposición para ejercer adecuadamente sus derechos y encontrar una solución satisfactoria a sus disputas. La persona que concurre a estos ser-

vicios debe poder escoger el mecanismo más idóneo para resolver su problema, para lo cual debe recibir la adecuada orientación.

Sin embargo, los servicios de asistencia jurídica gratuita no sólo deben "ofrecer" alternativas para sus usuarios. Como entidades públicas, deben tener una orientación de política de Estado que guíe su actuar y que manifieste la misión de éste de perseguir el bien común. Esto diferencia a los servicios públicos del ejercicio libre de la profesión de abogado.

En esta materia, las políticas de Estado deben propender no sólo a que los beneficiarios de estos servicios resuelvan sus problemas satisfactoriamente para ellos, sino que ello considere también las necesidades del bien común. Esto no significa supeditar las necesidades del individuo a las de la comunidad, que llevaría a una dictadura de la mayoría y el desconocimiento de los derechos individuales. Sin renunciar a los derechos de las personas y a su facultad para escoger los mecanismos adecuados para resolver sus problemas, el Estado debe desarrollar y poder ofrecer, en forma atractiva para el usuario, el empleo de mecanismos que consideren no sólo el bien individual del solicitante, sino el de toda la comunidad, es decir, promover mecanismos de solución de controversias que favorezcan el desarrollo de los involucrados, que sean eficaces y eficientes, cuyas soluciones sean permanentes, y que faciliten la promoción de una cultura de diálogo y paz.

Los servicios públicos de asistencia jurídica deben considerar las consecuencias de la marginalidad, la pobreza y las dificultades para el acceso a la justicia de las personas que concurren a ellos, así como de sus contrapartes. Al usuario, debe garantizársele una solución definitiva y permanente para su problema, así como instrumentos para precaver futuros litigios. Ello es particularmente importante ante conflictos que involucran relaciones permanentes, como disputas entre familiares, vecinos u otros con los que se mantie-

nen los vínculos. Además, el conflicto actual debe emplearse como una oportunidad de crecimiento para el desarrollo de habilidades que permitan prever conflictos futuros por la misma u otra materia, ya sea a través del conocimiento de los derechos como de mecanismos de manejo de conflictos.

Desde la perspectiva de la contraparte, debe considerarse que su situación de pobreza le impedirá o dificultará enormemente contar con la asesoría de un abogado, quedando en una situación desmedrada frente a aquel que es patrocinado por el servicio de asistencia jurídica. En la medida que estos servicios tengan dificultades para proveer de representación judicial a ambas partes, como es la situación actual en Chile<sup>11</sup>, estos servicios no pueden ser indolentes con sus contrapartes y deben favorecer al máximo el empleo de mecanismos autocompositivos. De lo contrario, no se hará efectiva la garantía constitucional relativa a la obligación del Estado de procurar la debida defensa jurídica a quienes no puedan procurársela por sí mismos (art. 19 N° 3 CPE). En efecto, el criterio empleado por los actuales servicios de asistencia legal de patrocinar a aquella parte que primero solicite sus servicios, excluyendo a la otra, es un criterio de escasa racionalidad y que sólo se justifica

en la pobreza e incapacidad del sistema.

Sin embargo, los mecanismos autocompositivos no sólo resultan valiosos para la asistencia jurídica por permitir el acceso a la justicia a ambas partes, sino también pueden acarrear otros beneficios muy importantes desde una perspectiva de políticas de profundización de la democracia y promoción del ejercicio de derechos de los pobres.

La mediación es un mecanismo muy adecuado para estos fines.

En este sentido, la mediación constituye un instrumento muy valioso y fundamental en las políticas de mejoramiento del acceso a la justicia de los pobres y como forma de superar su marginalidad y pobreza. Ello por varias razones:

1. Es coherente con uno de los principios iluminadores de un sistema de asistencia jurídica en una sociedad democrática, cual es el **relevar la responsabilidad de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos**, permitiéndoles participar activamente en la toma de decisión y comprometiéndolos con el resultado. Este principio se vincula con uno de los objetivos de la asistencia jurídica consistente en permitir que las personas ejerciten sus derechos por sí mismas, a través de la difusión del conocimiento jurídico y el *empowerment* de los ciudadanos.
2. Al hacer responsables a las partes en la búsqueda de solución a su conflicto, se estimula el desarrollo de una **cultura de diálogo y paz**. La mediación, en este sentido, constituye un proceso de aprendizaje que permite no sólo resolver el conflicto presente, sino prevenir conflictos futuros o enseñar a las personas a resolverlos por sí mismas, incluso sin la ayuda de un nuevo proceso de mediación. Esto también está vinculado con los objetivos de la asistencia jurídica en términos de dotar a la ciudadanía de elementos para resolver por sí misma sus conflictos, lo que, además, está relacionado con la

<sup>11</sup> En la actualidad, algunas Corporaciones de Asistencia Judicial, por acuerdo de sus Consejos, prohíben el otorgamiento de patrocinio a ambas partes, aduciendo cuestionables argumentos de ética profesional por incompatibilidad, e incluso algunos tribunales presionan a los abogados de dichas Corporaciones a renunciar al patrocinio en una causa cuando la otra parte es patrocinada por otro consultorio de la Corporación. No obstante, aun en aquellos casos en que no existen objeciones al patrocinio de ambas partes, la cobertura de asistencia jurídica es insuficiente para dar patrocinio a ambas. A través del Proyecto de Ley que creará las Corporaciones Regionales de Asistencia Jurídica expresamente se admite la obligación de asegurar asistencia legal a ambas partes. No obstante, ello requerirá de una cobertura de servicios que difícilmente pueda garantizarse.

Por otra parte, el proyecto de sistema de procedimiento penal contempla expresamente y con gran energía la necesidad de que ambas partes cuenten con asistencia jurídica, a través de la creación del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, sancionando incluso con nulidad aquellas actuaciones en que no asista el defensor.

conciencia de la limitación de los recursos públicos para asumir la resolución de todos los conflictos sociales o interpersonales.

3. El procedimiento de mediación, consistente en encuentros en los que participan ambas partes con el mediador, se asemeja a la **imagen de justicia** que tienen ordinariamente las personas. Efectivamente, muchas veces al reclamar justicia, las personas alegan su necesidad de "tener un careo" con la otra parte.
4. La característica del mediador como tercero neutral que no goza de imperio permite que los profesionales de la asistencia jurídica puedan asumir fácilmente dicho rol. No se requiere de una investidura especial, salvo las destrezas necesarias para desempeñar la función. **La informalidad de la mediación permite incorporarla fácilmente a la asistencia jurídica**, a diferencia de procedimientos arbitrales que están más reglados y en los que se exige que el árbitro sea necesariamente abogado.
5. Si bien las partes que concurren a los consultorios de asistencia jurídica buscan una "autoridad" que resuelva por ellas, esa misma actitud puede ser utilizada positivamente por los profesionales para introducir el procedimiento de mediación. Al principio la persona sufre un desconcierto al señalársele su responsabilidad en la búsqueda de soluciones y negarse el mediador a dictaminar "lo legal", como suele requerirse a los profesionales. No obstante, así como concurren dispuestas a someterse a la decisión de un tercero, es muy frecuente que acepten que la decisión de ese tercero sea, precisamente, devolverles a ellos la responsabilidad del asunto e iniciar una mediación.
6. Las dificultades en obtener el cumplimiento de las sentencias, las que requieren de nuevas intervenciones judiciales, así como de los acuerdos extrajudiciales a que se llega entre las partes, los que implican complejos sistemas de homologación o reconocimiento de

firma, hacen necesario buscar mecanismos que aseguren un mayor nivel de cumplimiento. Si bien en el Proyecto de Ley que crea las Corporaciones Regionales se contempla una disposición que otorga mérito ejecutivo a los acuerdos obtenidos en ellas, ello no resuelve completamente el tema del cumplimiento, por requerirse, en estos casos, de un procedimiento ejecutivo para obtener la prestación convenida. Por esta razón, la mediación resulta un mecanismo sumamente conveniente para obtener el cumplimiento espontáneo de lo acordado, pues **augmenta el grado de afección y adhesión de las partes al acuerdo**, en la medida que el proceso respeta las inquietudes de las partes y el acuerdo represente sus intereses. Esta situación es aún más relevante en conflictos que involucran obligaciones de tracto sucesivo o relaciones permanentes entre las partes, como son los de familia.

7. Los consultorios de asistencia jurídica, por su cercanía a la gente, conocen de los conflictos en una etapa relativamente temprana de su desarrollo. Las mismas dificultades para acceder a los tribunales de justicia hacen que frecuentemente se recurra a ellos luego de una prolongada exposición al conflicto y que el sólo hecho de interponer una demanda constituya una declaración frontal de guerra entre las partes. Las personas concurren a los consultorios de asistencia jurídica a solicitar orientación frente a un conflicto en ciernes o asesoría para demandar. Ello permite intervenir con modalidades alternativas al juicio antes de producirse la escalada de conflicto que el litigio supone: antes de enunciar formalmente las posiciones de las partes en su demanda y contestación, o de descalificar a la otra en las instancias de discusión del juicio. De esta forma, **la red de asistencia jurídica permite ofrecer servicios de mediación oportunamente a las personas.**

En consecuencia, un servicio de asistencia jurídica no sólo debe comprender, dentro de los servicios que ofrece, el empleo de la mediación como un mecanismo alternativo al litigio para la resolución de conflictos, sino debe abiertamente promoverlo. En el contexto de una sociedad democrática, que aspira a propender al desarrollo de todos sus integrantes, que fomenta la participación ciudadana y que tiene como meta superar la pobreza de buena parte de sus miembros, la mediación constituye un interesante y útil instrumento. Ello puede favorecer un cambio en la cultura de conflicto que potencie la capacidad de la sociedad y los individuos para vivir mejor.

## CONCLUSION

La mediación, y particularmente la mediación familiar, es un mecanismo que favorece la participación de las partes y que permite obtener soluciones adecuadas a los problemas reales de éstas, más allá de las posiciones que inicialmente éstas sustentan. Como tal, resulta del mayor interés para un sistema de asistencia jurídica que pretende acercar la justicia a las personas. Si bien en la realidad de los consultorios de asistencia jurídica parece difícil implementar todos los pasos y técnicas desarrollados en mediación

familiar, ellos pueden ser adecuados a las circunstancias en que los consultorios de asistencia jurídica facilitan procesos de autocomposición. La misión de la asistencia jurídica no es sólo mediar. Su tarea incluye numerosas acciones, tanto en materia de atención de casos como de trabajo comunitario y difusión de derechos. Sin embargo, la mediación familiar puede también enriquecer el desarrollo de dichas acciones. Por el momento resulta difícil asegurar una cobertura de oferta de mediación en todo el país a través de la asistencia jurídica, la actual coyuntura constituye una gran oportunidad para introducir las técnicas y metodologías descritas en éste. Ello no sólo en miras a mejorar la capacidad para facilitar estos procesos, sino también para mejorar, en general, la intervención que éstos realizan en el ámbito jurídico social. En efecto, las técnicas que desarrolla la mediación familiar son coherentes con los principios que orientan a la asistencia jurídica y con la capacitación que se otorga a los profesionales del Programa de Asistencia Jurídica. En este sentido, el modelo desarrollado en Quebec de mediación familiar constituye una valiosa experiencia para el desarrollo de un currículum de entrenamiento para los profesionales de la asistencia jurídica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- CORREA, Jorge, y BARROS Luis (ed). "Justicia y Marginalidad: Percepción de los pobres" CPU/DESUC, 1993.
- ESTEVEZ, Carlos. "Igualar el acceso a la Justicia, un compromiso de Gobierno", en Vida y Derecho N° 16 Instituto FORJA, Santiago, Diciembre de 1994.
- FISHER, Roger; URY William y PATTON, Bruce. "Sí...¡de acuerdo!" Editorial Norma, Bogotá, 1995.
- LAURENT-BOYER, Lisette. "La médiation familiale: définition, cadre théorique bienfaits pour la famille et étude de modèles" (Coordinadora) "La Médiation Familiale". Les Editions Yvon Blais Inc. Cowansville (Québec), 1992.
- MOORE, Christopher W. "The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts" Jossey-Bass Publishers, San Francisco, Second Edition, 1996.
- URY, William L.; BRETT, Jeanne M. y GOLDBERG, Stephen B. "Getting Disputes Resolved. Designing Systems to Cut the Costs of Conflict". Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1988.