

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2002

### SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 20 / 2002



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20  
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

## SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés,  
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,  
Joaquín García-Huidobro, Fernando Quintana Bravo,  
Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo  
Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene  
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-  
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-  
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del  
*Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, este volumen contiene una  
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés  
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del  
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita  
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas  
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre  
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-  
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas  
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más  
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del  
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-  
presidente de la corporación, Antonio Bascañán Valdés, con ocasión  
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo  
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad  
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo  
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el  
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica  
y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía  
Jurídica y Social*

140. Dato caduco se encuentra definido en el artículo 2 letra d) como el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que con-  
signa.
141. Conviene advertir, sin embargo, que, al menos en el caso de la modificación, los costos de acreditar que los datos personales son erróneos, inexactos equívocos o incompletos recaen sobre el titular de dichos datos. Así se desprende de la lectura del inciso 2º del artículo 12.
142. En la práctica ambos mecanismos dejan un amplio espacio de maniobra a quien solicita la información para recolectar direcciones de correo electrónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de servicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos servicios extranjeros.
144. Según un informe publicado por ACUI en junio de 2000, el 70% de los sitios web que operan en Chile no cuentan con políticas de privacidad. El 100% de los sitios analizados recogen datos y los utilizan para hacer marketing a través de Internet. Ver <http://www.acuicertifica.org/noticias/noti3.shtml>. Visitado 04/04/2002.
145. Según El Mercurio los mensajes electrónicos comerciales costarían a los chilenos actualmente US \$ 36.000.000. Ver *Mensajes electrónicos comerciales cuestan US \$ 36 millones a los chilenos*. 13 de mayo de 2002. Disponible en [http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle\\_noticia.asp?idnoticia=85140](http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle_noticia.asp?idnoticia=85140). Visitado 13/05/2002.

## P O N E N C I A S \*

\* En esta sección se incluyen las ponencias presentadas en la V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, precedidas del discurso inaugural del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Antonio Pedrals, leído en la sesión inaugural, el 18 de octubre de 2002.

MODOS DE SER EN LA CULTURA JURIDICA INTERNA  
Y EN LA CULTURA DE LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS  
DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

PAULINA GOMEZ BARBOZA

Porque el sistema jurídico-judicial nacional estaba, y está, en "crisis" es que hubo que realizar "cambios". La reforma procesal penal y la introducción de nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, tales como la Mediación anexa a Tribunales de Familia y la Mediación y Negociación que es posible realizar en las "salidas alternativas" de la nueva justicia penal, así como la repotenciación de otros ya existentes, tales como el Arbitraje y la Conciliación judicial en el sistema normativo formal, constituyen las más importantes líneas de cambios que hasta hoy se han realizado.

Entiendo que dichas reformas se hacen, entre otras cosas, precisamente para acortar la brecha que, ya hace más de 20 años, estamos constatando que existe entre la auto-legitimación del mundo formal y especializado del Derecho, esto es, en la llamada cultura jurídica interna, y la des-legitimación profunda que existe, más allá del respeto formal, respecto del derecho y de la acción judicial en la percepción social de "los profanos", como los menta Aldo Valle (1)

---

1. VALLE, Aldo: "La Cultura Jurídica Interna. Análisis de ciertas notas sobre Chile" en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 19, año 2001, pp. 87-109.

haciendo gala de su modo irónicamente significativo. Profanos que son "los más" en nuestra sociedad y que constituyen la llamada cultura jurídica externa.

Desde el discurso político-jurídico, a partir de supuestos iustilosóficos democráticos, igualitaristas y respetuosos de la individualidad, las reformas se hacen para acortar la brecha de la desigualdad social, al menos en lo inmediato, en lo tocante al goce material y general del derecho al acceso a la Justicia. Puesto que la justicia dejada en manos de los sabios y profesionales realmente no llegaba a "los profanos" hubo que tratar de acercarla a ellos. Aunque también, estas reformas se realizan, a partir de una importante dosis de influencia de los sagrados mandatos de ortodoxia económica en boga: competencia, eficiencia y mercado.

Justicia, Competencia, Eficacia y Mercado parecen una familia difícil de avenir. Claramente requerida de un "proceso de mediación". Como en todo grupo de personas conflictuadas, durante este proceso de mediación, hemos de hacernos cargo nosotros mismos, los conflictuados, del problema de disparidad de intereses que parecemos tener y hemos de tomar decisiones, informadas y responsables. En el caso particular que aquí me ocupa en el seno de esta familia jurídico-judicial a la que pertenecemos, si no nos decidimos de una vez por todas, cuál de esas tendencias es la que ha de primar como metaética de la política y praxis jurídica, auguro un fracaso rotundo de la implantación de estos métodos alternativos en Chile. Ya por abierta —aunque no asumida ni explicitada— reacción de jueces, abogados u otros profesionales como las asistentes sociales, a su implementación, ya por indiferencia ante ellos —que no es más que otra forma de manifestar un rechazo— que se evidencia en el no uso que actualmente se hace de los medios alternativos ya disponibles y "legitimados" en Chile por normas plenamente vigentes.

Es el caso evidente del escaso uso que aún se hace de la conciliación judicial o de la "sospecha" bajo la cual aún se mantiene particularmente desde jueces y asistentes sociales judiciales hacia el sistema de mediación familiar anexa a Tribunales que contemplan los nuevos Tribunales de Familia. Se avizora también una no adecuada recepción y concienciación del sentido y fines de estos sistemas alternativos de resolución de conflictos en el casi nulo interés que

se ha mostrado en los programas de Formación de Abogados Fiscales y Defensores por formarlos en la teoría y práctica de la negociación o mediación necesarias de conocer y aprender para la acción que demanda la nueva justicia penal para implementar las salidas alternativas en el nuevo sistema.

Por lo tanto, la instalación de los sistemas alternativos de resolución de Conflictos en Chile, según mi percepción, se realizó a partir de la "importación" de una tendencia que es políticamente correcta a partir de una iusfilosofía democrática e igualitarista, y de una necesidad social acuciante de hacer operativo un sistema de administración de justicia que, hace ya demasiado tiempo, no está dando plena satisfacción a la necesidad social de resolución de la conflictividad vital. Satisfacción que no debemos olvidar es la que funda, justifica y da sentido a la existencia social de un sistema jurídico-judicial, y da o al menos debiera dar, por tanto, sentido también al trabajo de cada uno de nosotros en tanto abogados, jueces, autoridades públicas, funcionarios, docentes, investigadores o pensadores del Derecho.

Quiero decir con esto que la instalación de los sistemas RAC en Chile, ni con mucho optimismo, podríamos decir que obedece a la satisfacción de un requerimiento de la cultura nacional. Pues para ello necesitaríamos tener, sino en todos los individuos de la sociedad, sí al menos en las personas que se dedican a trabajar con el Derecho una conciencia clara de qué son éstos sistemas y de modo más importante, una clara conciencia de cuál es su sentido y fines esenciales. Un adecuado conocimiento acerca de la naturaleza y fines de estos sistemas implica saber que ellos constituyen privilegiados modos o vías de materialización de derechos tan vitales para una democracia como es el derecho a la justicia, el derecho a la autonomía decisional, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho al pleno desarrollo de la individualidad, el derecho a la paz, entre otros; saber que ellos son una vía para la democratización del poder en torno a la definición de qué cosa es un conflicto o cuál no lo es, respecto de cuál es la forma en la cual él debe ser solucionado, respecto de cuáles intereses y necesidades de las personas son dignas de ser atendidas cuando entran en conflicto con los de otros en tanto definen los términos del conflicto, independientemente de que tales intereses y necesidades es-



tén o no definidos por el Derecho como un conflicto de relevancia jurídica. Y más fundamentalmente, conocerlos adecuadamente implica también comprender que ellos constituyen una forma de democratizar el concepto de quienes son los "legitimados" para hacer estas definiciones, así como quienes lo son para intervenir en los procesos que permitan su resolución. Y aún más radicalmente, una democratización respecto de quién tiene el poder para decidir cómo quiere administrar su conflicto (elaboración, disolución y no siempre resolución), respecto de la decisión —en el caso de optar por la resolución— si la misma la hará por una vía procesal y sujeto a las reglas jurídicas y al mandato del juez, o si la hará por un medio alternativo, donde las normas jurídicas no son el paradigma de la decisión y el sujeto sólo está dispuesto a someterse al poder de su autónoma, aunque profana, decisión. Y aún, el poder de decisión de si habiendo optado por resolverlo por medio de un proceso judicial, la actitud con la que quiere enfrentar ese proceso jurídico-judicial es una actitud de confrontación o de colaboración.

Dado el estado actual de nuestra cultura jurídica interna, que Aldo Valle en su artículo *La Cultura Jurídica Interna. Análisis de ciertas notas sobre Chile* califica de "tradicional" y "nada moderna" (2), estamos muy lejos de poder recepcionar apropiadamente esta nueva cultura acerca de la conflictividad que está implicada en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

En efecto, una cultura jurídica interna donde las características jurídico dogmáticas más arraigadas, como nítidamente lo expresa mi estimado colega Valle, es concebir al Derecho "como expresión de una sabiduría superior" (3), "como un acto de autoridad" que como tal sólo cabe obedecerlo pero no pensarlo críticamente (4), "como un orden estático" (5) que no admite variaciones ni intervenciones

2. Op. cit., (1), pp. 108.

3. Op. cit., (1), pp. 103.

4. *Ibidem*.

5. Op. cit., (1), pp. 104.

humanas de ningún tipo como no sean "las contingentes y temporales" (6), como un "ámbito normativo específico, reducido y desconectado de la historia, la política, la moral" (7), no parece ser un terreno muy fructífero para la recepción y adecuada comprensión de sistemas de resolución de conflictos que se basan en el reconocimiento y respeto de la autonomía individual y en el desarrollo de la cultura del empoderamiento y responsabilización de las individualidades frente al manejo de los conflictos más que en la delegación de esas responsabilidades en una autoridad o en productos culturales generales y estandarizados como son las normas de conducta. Máxime si nos fijamos en que los rasgos relevantes de nuestra cultura jurídica interna la hacen constituirse en un modo de ser excesivamente formal y despersonalizado, y por ende, desconectado de las individualidades concretas que la constituimos y operamos, así como de las individualidades concretas a la que el sistema jurídico-judicial pretende servir, y, por ende, desconectado de su concreta humanidad, necesidades e intereses múltiples y variados, no siempre "juridificados" y por ello considerados irrelevantes.

En efecto, este sistema además es creado, operado y enseñado por personas que se mantienen socioculturalmente automarginadas (8) como es el caso de los jueces, o bien se mantienen parapetados tras el escudo del "profesionalismo" y del poder de control decisorial exclusivista y excluyente desde ese saber profesional, pretendiendo encontrarse por ello en una imposible "neutralidad" (9). Escondiendo, lo que es más grave, las creencias, actitudes y valores, ya no jurídicos, que dichos operadores tienen. Pero que no obstante no serlo, contaminan igualmente el tratamiento jurídico y la resolución judicial de un modo más grave aún, pues es inconsciente, y por ello imposible de reconocer y paliar.

Me refiero a valoraciones, creencias y actitudes que forman parte

6. *Ibidem*.

7. *Ibidem*.

8. Op. cit., (1), pp. 105.

9. Op. cit., (1), pp. 106-107.

de una metacultura acerca del poder, sus fuentes y manejo, que también es tradicionalista. Y que es fácilmente detectable, por ejemplo, en signos o rasgos como los siguientes:

Primero: En la detentación y ejercicio del poder todavía demasiado anclada en la legitimidad y hegemonía absoluta de las elites políticas, sociales y económicas, que además son masculinas. Y que por lo tanto, no son capaces de encontrar sentido a la necesidad de re-empoderamiento de las individualidades, femeninas o masculinas, de elites o no, desde su propia autonomía individual. Ello aún cuando nos hallamos insertos en la sub-cultura democrática, y muchos de los dirigentes y poderosos se declaran partidarios de ella.

Segundo: En la concreta dominación, por tanto, elitista, patriarcal y profesionalista que representa el mundo jurídico, aunque muchos no lo quieran reconocer.

Tercero: En la concepción de "respeto" por uno mismo, compromiso con la mismidad o autonomía individual, y de "reconocimiento del otro", ambas todavía muy oscurecidas por las concepciones éticas totalitarias que bajo un "espejismo de humanidad" (10), como dice Simone de Beauvoir, también se han arrogado para sí el poder de decisión exclusivista de cuáles son los asuntos de importancia vital en la existencia humana. Asuntos que por lo tanto el poder a través del Derecho ha de proteger y atender, desestimando con ello otras cosmovisiones vitales desde las individualidades. De lo que resulta que si el bien vital que me conflictúa no se halla jurificado no es socialmente relevante, y por ende, es desechado en los procesos socialmente establecidos por la cultura jurídica para el manejo de la conflictividad. O si no preguntense ¿cuándo alguno de ustedes ha visto a un abogado preocupado del reconocimiento, del sufrimiento o del dolor personal, en particular? Muchos de inmediato pensarán, eso no es jurídico, o el más clarividente dirá que

10. De Beauvoir, Simone: *Para una Moral de la Ambigüedad*. La Pléyade, Buenos Aires, 1972.

un abogado sí se preocupa de temas como esos, en tanto los asuntos conecten con algún derecho fundamental. Ciertamente, muy cierto, y por ahí es por donde debemos caminar. Pero, no se olviden que pensando así, todavía nos queda que el magistrado o la Corte Suprema no haga la desestimación.

Entonces, donde más patéticamente se muestra ese imperdonable desconocimiento del otro al que me estoy refiriendo como un subproducto de nuestra actual cultura, que se produce por el afán dominante de aferrarse a lo tradicional es en la dominación de las elites dirigentes y de los que poseen el tan desprestigiado poder legal-literal o de los que poseen poder de facto en la determinación y materialización de lo que desde sus sesgados puntos de vista constituye lo "justo" o lo "socialmente correcto". Criterios que además se alzan como el paradigma de la solución correcta de los conflictos.

También se muestran los efectos nocivos de este sesgo en la concreta dominación de la ideología de la masculinidad por sobre la ideología de la femineidad. Ideologías que además, han sido ambas, construidas por varones. Y en la concreta dominación de "los que saben" —o "dicen saber"— por sobre aquellos que "no saben". Concepción en la que además la hegemonía la tiene el saber profesional, y en calidad de especializado, atomista y excluyente.

Finalmente también se muestra el sesgo injusto que se produce por hallarnos inmersos en la metacultura tradicionalista, en la estimación o valorización negativa de la conflictividad humana, y en particular, en el rechazo por ser "socialmente inadecuado sino es que patológico" hacia aquel que está en conflicto. Así como en la metacultura acerca de la cuasi inevitabilidad de resolver los conflictos desde la autoridad y el saber profesional sino de abogados y jueces, en todo caso de psicólogos, terapeutas familiares o asistentes sociales. Postura que conlleva el supuesto de la incapacidad humana natural de autogestionar y resolver sus conflictos. Máxime si el humano conflictuado no tiene título de abogado, porque es un ignorante. O si es pobre, pues en tal caso no sólo es ignorante sino estúpido y no sabe siquiera lo que quiere. Si es mapuche, aymará o pascuense, además de ignorante y estúpido, probablemente sea alcohólico o de "escaso entendimiento". Si es joven, es irresponsable cuando no drogadicto. Ni mucho menos podrá resolverse un conflicto si una parte

es mujer, pues en tal caso lo único que hará será llorar o le va a bajar un ataque de nervios. Ahora si el sujeto en conflicto es un menor de edad o un anciano, entonces la resolución será imposible porque ellos están incapacitados para "pensar".

Existen por lo tanto "modos de ser" jurídicos, judiciales y académicos en Chile, y también otros modos de ser, ya no acotados al área jurídica, como el machismo, el sexismo, el elitismo, el racismo, el fanatismo, la intolerancia, el violentismo, entre otros, que abiertamente chocan con los modos de ser que son imprescindibles para operar los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

¿Cuáles son efectivamente los modos de ser de la cultura jurídica interna en Chile ante la resolución de un conflicto que chocan abiertamente con los modos de ser requeridos por los sistemas alternativos de resolución? ¿Y que como tales representan un enorme desafío a nuestro sistema jurídico, particularmente a la cultura vigente en Chile no sólo jurídica, sino también política, sociológica y humanista?

De ellos haré aquí un listado meramente enunciativo y esquemático<sup>(11)</sup>, como bases o hipótesis para la discusión y el debate acerca de "nuestros modos de ser", discusión que considero relevante y necesaria en un análisis acabado de lo que constituye la cultura chilena sobre la justicia. El debate acerca de la cultura jurídica me interesa sólo en la medida que lo jurídico se conecte con su sentido esencial que es la consecución de la justicia, sólo en la medida que seamos capaces de entrar en esa "área chica" y no nos mantengamos en la pura descripción y repetición casi inconsciente de los modos formalistas, aislados y pretendidamente "neutrales" o "puros"

11. Para la identificación de estas conductas, creencias y valoraciones me baso en la experiencia vital y profesional de atención de personas en conflicto, tanto desde el lugar de un profesional abogado como desde el lugar de una mediadora en procesos de autogestión de conflictos. Experiencia esta última desarrollada por alrededor de seis años en el Centro de Mediación de Valparaíso perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial de la V Región, en el cual se llevan a cabo el Proyecto Piloto de Mediación Anexa a Tribunales del Ministerio de Justicia y el sistema multipuerta (resolución judicial o resolución alternativa) de Asistencia Jurídica que presta esta entidad a sus usuarios.

del análisis jurídico tradicional, que ya hace muchos años cuando se inició la reflexión nacional acerca de la cultura jurídica chilena fueron detectados y claramente identificados, y ya se encuentran establecidos.

Partamos por las *CREENCIAS Y VALORACIONES* existentes en la cultura jurídica interna (C.J.) y en la cultura que le es propia a los sistemas alternativos de resolución de conflictos (R.A.C.).

1. En la C.J. los conflictos son una anormalidad. En los R.A.C. los conflictos son "naturales" en la interacción social.

2. En la C.J. los conflictos son una "perturbación del orden social normal". En los R.A.C. los conflictos son una "oportunidad" de reordenación social.

3. En la C.J. los conflictos son un indeseable. En los R.A.C. son productivos y benéficos.

4. En la C.J. hay un solo tipo de conflicto: verídico y manifiesto. En los R.A.C. se tiene conciencia que los conflictos pueden ser verídicos, falsos, contingentes, manifiestos, latentes, desplazados, mal atribuidos, etc.

5. En la C.J. hay un solo interés que es relevante y que merece atención, trabajo y satisfacción. El interés jurídicamente protegido. Definición que unida a nuestro ya conocido legalismo-literalismo se reduce aún más, focalizándose tan sólo el interés protegido por la norma legal específica sin ocuparse siquiera de otros intereses que están jurídicamente protegidos también por otras fuentes de uso poco frecuente en la praxis, aunque no pocas veces, este sea el propio texto constitucional. En los R.A.C. se comprende que en todo conflicto siempre hay multiplicidad no sólo de intereses individuales involucrados sino también una serie de necesidades humanas básicas comprometidas que de no ser atendidas y satisfechas en su integridad auguran una no resolución del asunto, o una poco satisfactoria.

6. En la C.J. para el manejo y resolución de los conflictos hay personas que son capaces y otras que no. En los R.A.C. toda persona es capaz de resolver sus conflictos.

Muestra clara de esta arraigada creencia la da esta afirmación: "Librados a sí mismos no van a llegar nunca a arreglo. Cada cual defiende tozudamente su posición, luego, *alguien tiene que proponer*

*soluciones*”, dice un magistrado <sup>(12)</sup> entrevistado el año 2000 para la realización de la tarea de sistematizar la experiencia desarrollada por el Programa Piloto de Mediación Familiar anexa a Tribunales del Ministerio de Justicia desde el año 1997 en Santiago y Valparaíso. Proposición que, sin embargo, no es tal sino una imposición.

7. En la C.J. hay conflictos que no tienen solución. En los R.A.C. todo conflicto tiene una solución si es bien administrado.

8. En la C.J., y dentro de las opciones no violentas, sólo hay dos posibilidades de movimiento, la permanencia en él (que obviamente es una violencia) o su resolución. Para los R.A.C. hay varios movimientos pacíficos que la persona puede realizar ante un conflicto: Elaboración, Disolución o Resolución.

9. En la C.J. la resolución se realiza por medio de una imposición. En los R.A.C. la resolución es posible de dos modos: impositivo o autocompositivo.

10. En la C.J. la resolución significa una confrontación, y por tanto, una exposición a perder o a ganar la satisfacción de la pretensión. En los R.A.C. la resolución puede significar confrontación y una exposición a perder o ganar, o bien, una colaboración y por ende un resultado que siempre será de ganancia.

11. En la C.J. los sujetos conflictuados “deben someterse” a la resolución desde la autoridad. Si yo tengo un conflicto relativo a bienes o a intereses jurídicamente protegidos, la definición de su destino ya no me pertenece, el destino de ellos pertenece a la autoridad. En los R.A.C. ellos son autónomos para elegir si quieren someterse a la resolución desde la autoridad o a su propia resolución.

Lo que la subcultura judicial dice sobre el sistema de mediación anexa a tribunales que contempla la Ley de Tribunales de Familia es muy clarificador: “Algunos jueces opinan que la mediación debería estar dentro y bajo la dependencia de los tribunales. Si se le quiere dar fuerza legal a lo acordado en la mediación, ésta debería asumir ciertos criterios jurídicos en concordancia con la lógica de los tribunales. Sólo así, e informando cabalmente sobre la aplicación de

12. *Mediación Familiar. Sistematización de una Experiencia*. Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales. Ministerio de Justicia 1997-2000, pp. 68.

dichos criterios, el juez estaría en condiciones de aprobar lo acordado como si fuera una sentencia definitiva” <sup>(13)</sup>. Otros jueces, por el contrario, estiman que la mediación no debería ser una alternativa al proceso judicial pues, “sostienen, con firmeza, que frente a una demanda por problemas definidos legalmente, los tribunales están obligados a proceder según la lógica jurídica” <sup>(14)</sup>. Y aún más, “ven como absolutamente contradictorias la lógica del acuerdo subjetivo y la lógica normativa del derecho” <sup>(15)</sup>.

Frente a la manifestación de creencias de este tipo, no puedo dejar de preguntarme ¿qué es entonces el derecho sino una manifestación de voluntad? ¿O es que acaso el derecho que producimos en nuestra sociedad es tal que no se acerca ni un poco siquiera a lo que la gente estima valioso e importante de cuidar? O es que simplemente, todo el que no es juez o abogado, ¿es un insensato y/o un incapaz?

12. En la C.J. la definición de lo que constituye un conflicto corresponde al Derecho. También la definición de cuál es su legítima resolución. Opera una “juridificación y judicialización”, casi excluyente, de los conflictos. En los R.A.C. la definición de qué es conflicto y qué no lo es, y de cuál es el modo de su satisfacción corresponde a las partes del conflicto.

Confirma esta aseveración la opinión de los jueces respecto a quienes son las personas que estiman capacitadas para actuar en el sistema de mediación que en Chile está proyectado para instalarse como una resolución alternativa anexa a los actuales Tribunales de Menores, futuros Tribunales de Familia. En efecto, la mayoría de los jueces entrevistados en Santiago y Valparaíso “opina que el mediador ideal sería aquel que combine formación profesional con rasgos de carácter. La formación profesional debería proveer sólidos criterios jurídicos y psicológicos” <sup>(16)</sup>, de allí que se estime que *los me-*

13. Op. cit., (12), pp. 70.

14. Op. cit., (12), pp. 71.

15. *Ibidem*.

16. Op. cit., (12), pp. 71-72.

*diadores debieran seleccionarse entre abogados y psicólogos.* Siempre y cuando, agregaría, que su formación como Mediadores haya sido tan seria y cuidada que nos garantice que ese mediador antes de fungir como tal "dejó de ser" abogado, psicólogo o asistente social. Ello en el sentido de dejar de desarrollar los modos de conducta, actitudes y creencias propias de la cultura jurídica actualmente vigente en Chile y de la cultura tradicional acerca de las fuentes y manejo del poder.

El estudio de percepción que vengo citando desvela la profundidad de estos rasgos tradicionalistas y elitistas en la cultura acerca del poder que redundan en un desconocimiento de las facultades "del otro" para saber y en un permanente estadio de desempoderamiento de las personas en su responsabilización individual, toda vez que entre los jueces "prevalece la opinión de que el mediador no sólo debía facilitar la posibilidad de un acuerdo, sino que también *debería orientar a las partes, e incluso limitar los acuerdos, según criterios jurídicos y psicológicos de protección de los menores*" (17). Posicionamientos de ese tipo para mí pueden significar un desconocimiento profundo acerca de qué cosa son los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Y si no fuera desconocimiento y se estuviera haciendo a conciencia, sería lisa y llanamente "un robo a la individualidad" (18), como diría Esperanza Guisán.

13. En la C.J. quien tiene "el poder de ese saber" es el profesional del Derecho, el juez y el abogado. En los R.A.C. quien tiene "el poder de ese saber" es el que tiene los intereses que se hallan en conflicto y el que tiene las necesidades vitales que requieren satisfacción. Muy importante destacar esto, pues bajo ningún punto de vista el que tiene el poder en este vital aspecto es el mediador, el conciliador o el negociador. Cuestión que dada la cultura en la que vivimos no está clara para el juez o el funcionario que hace conciliación, o para el juez que ha de trabajar conectado a un Centro

17. *Ibíd.*

18. GUISAN, Esperanza: *Razón y Pasión en Ética. Los Dilemas de la Ética Contemporánea.* Anthropos, Barcelona, 1986.

de Mediación, ni tampoco está clara para el abogado que funge como mediador o negociador.

14. En la C.J. quien tiene "el protagonismo" o la sustantividad en el proceso de resolución, es el llamado "operador jurídico", concepto que no me agrada por eufemístico o falaz, porque viste de oveja al lobo, pues el operador no sólo opera el derecho sino que lo crea y lo re-crea. En los R.A.C. quienes tienen el protagonismo, la sustantividad que hay que reconocer para respetar en el proceso de resolución, son las partes del conflicto.

Eso debiera quedar bien claramente establecido para todo aquel magistrado y también para todo mal mediador, conciliador o negociador que empoderado en su función social no sabe delimitar su campo de acción frente a la decisión individual. Si las partes de un juicio han sabido llegar a un acuerdo que formalizado como avenimiento o transacción pone término al juicio, el magistrado debe saber respetar esa decisión, aunque no sea la que él hubiera tomado. En ese momento particular es donde se requiere tener mayor profesionalismo para comprender que muchas normas son de protección pero no prohibitivas, o que muchas son prohibitivas para el juez pero no para las partes. (Por ejemplo, aquella que establece el máximo porcentual de las rentas del alimentante que puede fijarse como monto de la pensión alimenticia). El mediador, el conciliador, el negociador, tampoco es el que toma la decisión, un buen mediador debe asegurarse sí que las partes hayan contado previamente con toda la información, incluida la jurídico-judicial, requerida para decidir con propiedad.

En lo que respecta a *ACTITUDES* no sólo de los conflictuados, sino fundamentalmente de los abogados que son los que ejercen el poder en el proceso de resolución frente a sus clientes, y de los jueces que a su vez son los que lo ejercen respecto de los abogados, podemos hacer el siguiente listado de identificación de nuestros modos de ser:

1. En la C.J. las actitudes mayoritarias ante el conflicto son las de Atacar, Evadir o Informar. Todas nada o poco favorecedoras del entendimiento o del debate auténtico que ha de darse en toda contienda. En los R.A.C. se trabaja desde las actitudes de Abrir y Unir.

“¿Qué voy a hablar con ese si con él no se consigue nada!”. Así caracteriza uno de los jueces entrevistados la actitud que suelen manifestar los demandantes hacia la otra parte.

Por otro lado, sin embargo, una amplia mayoría de los entrevistados, más específicamente el 88% de los usuarios del Programa de Mediación anexa a Tribunales atendidos durante los años 1997 al 2000, “considera que el mediador facilitó la comunicación con la otra persona”. Al respecto el argumento mayoritario para establecer las razones en virtud de las cuales un tercero entre los conflictuados facilitaba la comunicación entre ellos, el esgrimido por el 61% de los entrevistados, es que durante las sesiones el mediador estableció un orden en la intervención de las partes señalando *turnos para expresarse y para escuchar*” (19). Es decir, que conforme a los propios conflictuados “hablar con el otro” sí es posible, es necesario para ello sin embargo que se fomente una actitud de empoderamiento de cada individuo, al darle un espacio para su expresión a la vez que una actitud de respeto frente al otro al fomentar la capacidad de escuchar.

2. En la C.J. ante el proceso de resolución la actitud es la confrontación, la competencia. En los R.A.C. la actitud en el proceso de resolución es la colaboración y la negociación.

“Uno de los jueces que recibe demandas de sectores más bien acomodados manifiesta que éstos no sólo tienden a rechazar la mediación, sino también las posibilidades de conciliación. Y agrega que en su tribunal la mayoría de las demandas deben resolverse por sentencia, hecho que atribuye *al carácter absolutamente litigante de los abogados que intervienen en las causas*” (20).

Por otro lado, el estudio de percepción de usuarios del programa de mediación nos señala que: “Es también mayoritaria la opinión de que el mediador *animó a decir cosas que antes no se decían* (70%), de que *ayudó a aclarar la situación y los problemas* (74%) y de que *no confundió ni enredó las cosas* (94%)” (21).

19. Op. cit., (12), pp. 80.

20. Op. cit., (12), pp. 73.

21. Op. cit., (12), pp. 80.

3. En la C.J. la actitud frente al otro involucrado en el conflicto es la de negación. Asimismo frente a los intereses y necesidades del otro involucrados en el conflicto. En los R.A.C. la actitud es de reconocimiento y respeto no sólo de la mismidad sino también de la otredad. Y por ende de reconocimiento y respeto de los múltiples intereses y necesidades propios y del otro involucrados en el conflicto.

“Preguntados los entrevistados que han cumplido sus acuerdos qué caminos han seguido para resolver nuevos conflictos o desavenencias con la otra parte —luego de haber vivenciado un proceso de mediación— la amplia mayoría de éstos (71%) señala que frente a problemas surgidos después de la mediación han sido capaces de conversar y de solucionar así sus problemas. Un quinto de estos casos (21%) declara que han dejado de verse y puesto así punto final a sus problemas de relación” (22).

“La gran mayoría (82%) de los entrevistados que no llegó a acuerdo está dispuesta a recomendar la mediación a familiares o conocidos” (23). Lo que refuerza el hecho de que, pese a la falta de consensos, los R.A.C., en este caso, la mediación, tienen un efecto positivo en nuestra interrelación y en nuestros modos de ser.

4. En la C.J. la actitud ante el factum de la interdependencia subjetiva es la negación. En los R.A.C. la actitud de base es el reconocimiento de la interdependencia.

5. En la C.J. en la comunicación con el otro las actitudes preponderantes son la no escucha y la antipatía. Se dice que hay diálogo pero éste además de ser sólo jurídico formal es “entre sordos”. Y en particular, la actitud del abogado con su cliente no es de “escucharlo” sino de “decirle” desde su saber profesional. La palabra la tienen los expertos. Ergo, la mayoría no sabe escuchar. Decía Helena Hígon, juez y mediadora argentina, que los abogados en tanto tales no son aptos para ser mediadores pues “tienen una boca muy grande y unas orejas muy pequeñas”. En los R.A.C. en la comuni-

22. Op. cit., (12), pp. 83.

23. *Ibidem*.

cación entre las partes y con el tercero que les puede colaborar en el proceso de resolución, las actitudes base son la atención o escucha activa, tanto en el ámbito analógico como digital, la empatía y el auténtico diálogo. Quienes tienen la palabra son las partes y no sus asesores legales. Y éstos y los terceros colaboradores del proceso, como puede ser un conciliador, negociador o un mediador "han de tener una oreja muy grande pero una boca muy pequeña". Han de escuchar más que hablar.

No deberíamos olvidar que las personas nos movemos en tres planos distinguibles pero imposibles de desconectar pues representan la integridad de nuestras personalidades: *el plano del saber, el plano del saber hacer y el plano del saber ser*. Creo que nuestra cultura jurídica tradicional sabe de Derecho, aunque de modo predominantemente estático, no integrado ni crítico. No estoy cierta de cuánto sabe hacer con él. Más complicada me hallo para siquiera definir cuánto sabemos ser personas de Derecho.

Por lo que respecta a aquella parcela del Derecho que ha dado certificado de nacimiento, legítimo además, a los Sistemas R.A.C., creo que *poco sabemos y menos hacemos*. Y los pocos que algo sabemos y algo hacemos *estamos cotidianamente y duramente desafiados a intentar siquiera acercarnos a "ser" el tipo de individuo que estos sistemas nos demandan*.

En efecto, ¿cuánto sabemos de las normas relativas a la conciliación judicial en Chile? ¿Cuánto sabemos de los nuevos Tribunales de Familia que contemplan a la mediación como un sistema alternativo de resolución de conflictos sobre alimentos, visitas y tuiciones? Y ¿acerca de los proyectos de Ley sobre el Sistema Nacional de Mediación y de Ley de Divorcio que contemplan la mediación como sistema alternativo? ¿Cuánto sabemos de las actuales normas de Nuevo Proceso Penal y las normas sobre salidas alternativas que hacen necesaria nuestra formación en sistemas R.A.C. como la Negociación, la Conciliación o la Mediación, para darles aplicación?

El desafío de *saber, saber hacer y saber ser* frente a la cultura R.A.C. entendida como ámbito de desarrollo necesario de nuestra cultura jurídica y como espacios de acción conjunta y coordinada con el sistema tradicional de resolución jurídico-judicial, es muy grande. Más aún para quienes no comprenden que esta parte de nues-

tro sistema jurídico —la parte de las vías de resolución autocompuesta y colaborativa— se plantea como alternativa a la vía tradicional de la solución impuesta por un tercero en tanto autoridad y en un esquema de interrelación confrontacional, alternativa que implica reconocer *la legitimidad de esta diversidad de modos* de enfrentar la resolución de un conflicto y reconocer *el poder de cada individuo para elegir* la vía de resolución deseada. Mayor es el desafío incluso para aquellos que en razón de estar inmersos en concepciones tradicionalistas y exclusivistas del manejo del poder califican los R.A.C. como la "justicia de los pobres", o para los que "sienten amenazados sus espacios de poder" frente a árbitros, negociadores, mediadores o incluso frente a los propios dueños del conflicto que son capaces de autocomponerlo, o los que sienten amenazados su hegemonía decisional que ha reinado de modo absoluto y sempiterno gracias a la reificación del "saber profesional" en una metacultura elitista y patriarcal. Saber que sin duda es necesario, y hay que saber formar y cuidar, pero que evidentemente, no es el único legitimado como criterio objetivo para la resolución de un conflicto, y que además está requerido de una revisión crítica desde posiciones no sexistas y auténticamente democráticas.

Mucho es lo que nos queda por aprender. De momento pensemos cuál es la creencia que cada uno de nosotros tiene ante el conflicto, cómo nos parecen las personas que nos plantean uno a nosotros en nuestra vida familiar o laboral y, sólo, después de estar situados en esa escena, tratemos de visualizar qué decimos, cómo se lo decimos y por qué. Tal vez, después de ello te animes a dar otro paso: pregúntale a esa persona cómo se sintió ella frente a tu actuación. Pregunta en la cual la palabra clave, no sustituible es, "sintió".