



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

LA MEDIACIÓN COMO MEDIO IDÓNEO EN LA
RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS
FAMILIARES

ALUMNAS: VIVIANA ÁLVAREZ QUIÑONES
PAMELA ORTEGA PÉREZ
PROFESORA GUÍA: MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE.

“Queremos dedicar con mucho amor nuestra memoria de grado, a todos aquellos que nos han apoyado durante nuestros estudios universitarios, y en especial a nuestros hijos, quienes son la fuente de todas nuestras alegrías:

Gabriel y Manuel;

Antonia, Santiago y Pedro Pablo”

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	6
<u>Capítulo I: La mediación.</u>	9
I.I La resolución alternativa de conflictos.	9
- Ventajas de los métodos alternativos de resolución de disputas.....	12
- Principales métodos alternativos de resolución de disputas.....	13
I.II Concepto de mediación.....	13
I.III Características establecidas por la doctrina para el proceso de mediación en general.....	15
- En la mediación las partes se encuentran frente a frente.....	15
- Actuación de un tercero que las partes aceptan.....	15
- Imparcialidad del mediador.....	15
- Es un procedimiento informal.....	16
- Confidencialidad.....	16
- Voluntariedad del procedimiento.....	16
- La existencia de una disputa existente.....	16
- La solución es acordada por las partes.....	17
- El fracaso de la mediación no implica que una de las partes pierda.....	18
I.IV Modelos de mediación.....	18
a) Modelo circular transformativo.....	18
b) Modelo de Harvard o Tradicional-lineal.....	19
c) Modelo circular-narrativo.....	19

I.V Ventajas de la mediación.....	20
- Rapidez.....	20
- Economía.....	21
- Justicia.....	21
- Cultura del diálogo.....	21
- Flexibilidad.....	21
I.VI Ámbito de aplicación de la mediación.....	21
- Materias en que es recomendada la mediación.....	22
- Materias en que no es recomendada la mediación.....	23
I.VII Etapas de la mediación.....	23
<u>Capítulo II: La mediación familiar.</u>	31
II.I Generalidades respecto de la mediación.....	31
II.II La familia.....	32
II.III La mediación familiar.....	35
II.IV Los principios que informan el proceso de mediación familiar en nuestro ordenamiento jurídico.....	39
- Principio de igualdad.....	39
- Principio de voluntariedad.....	39
- Principio de confidencialidad.....	39
- Principio de imparcialidad.....	39
- Principio del interés superior del niño.....	40
- Principio de considerar las opiniones de terceros.....	40

II.V Clasificación de la mediación familiar en la ley nº19.968.....	40
- Materias de mediación obligada.....	40
- Materias de mediación prohibida.....	41
- Materias de mediación facultativa.....	41
- Materias a las que dé lugar la aplicación de la ley nº20.066.....	41
II.VI El proceso de mediación.....	42
- Momento en que se puede acceder a la mediación y forma de nombrar al mediador.....	42
- Inicio del proceso de mediación.....	43
- Duración del proceso de mediación.....	44
- Acta de mediación.....	44
- Motivos por los cuales se considera frustrada una mediación.....	45
- El mediador.....	45
- Costo de la mediación.....	46
<u>Capítulo III: La mediación en el derecho comparado.....</u>	46
III.I La mediación en Argentina.....	46
III.II La mediación en el Estado de California, Estados Unidos.....	49
III.III La mediación en la Unión Europea.....	52
III.IV La mediación en España.....	54
III.V Conclusiones respecto de la mediación en el Derecho Comparado.....	56

Capítulo IV: Historia de la incorporación de la mediación familiar a nuestra legislación como método alternativo de resolución de conflictos.58

IV.I Generalidades sobre la implementación de la mediación como medio de resolución de conflictos familiares.....58

IV.II breve historia de la ley nº19.968, que creó los Tribunales de Familia.....59

IV.III La mediación en la ley nº19.968, publicada el 30 de agosto de 2004.....64

- Ámbito de aplicación de la mediación y especialmente en relación con la violencia intrafamiliar en la ley nº19.968, en su texto original.....66

- Requisitos para la aplicación de la mediación en asuntos de violencia intrafamiliar...66

- Voluntariedad de las partes para iniciar el proceso de mediación en la ley nº19.968, en su texto original.....69

IV.IV Resultados de la aplicación de la mediación como forma de resolución de conflictos de familia entre los años 2005 y 2008.....69

- Conclusiones respecto de la puesta en marcha de mediación familiar en Chile.....78

IV.V Modificaciones a la ley nº19.968, implementadas por la ley nº20.286.....79

- Antecedentes de la ley nº20.286.....79

- Objetivos de la ley nº20.286.....80

- Modificación a la ley nº19.968, reemplazo del título V “De la mediación familiar”.....83

Capítulo V: Incorporación de la mediación familiar previa y obligatoria, análisis a dos años de su implementación......93

V.I Resultados del estudio sobre implementación de la mediación familiar, realizado por la Universidad Diego Portales.....94

A. Masificación de la mediación familiar.....	94
B. Forma en que los usuarios se proveen de los servicios de mediación familiar.....	94
C. Alcances de la mediación familiar previa y obligatoria.....	95
D. Formas en que los usuarios ingresan a la mediación familiar.....	95
E. ¿Qué se media? ¿Materias o conflictos?.....	95
F. Los acuerdos en mediación y su sustentabilidad en el tiempo.....	95
G. Formación de los mediadores.....	96
V.II Comentarios sobre los distintos temas tratados en el “estudio sobre la implementación de la mediación previa y obligatoria”.....	96
- Comentarios del magistrado Felipe Pulgar, Juez del Trib. de Familia de Viña del Mar.....	96
- Comentarios de Daniela Muñoz, abogada, mediadora de “Mediación Integral SPA”.....	100
- Comentarios de la abogada Daniela Báez, coordinadora de la Unidad de Mediación División Judicial, Ministerio de Justicia.....	102
V.III Análisis de lo señalado en el “estudio sobre la implementación de la mediación previa y obligatoria”.....	104
- Conclusión	106
- Bibliografía	113

INTRODUCCIÓN.

Desde hace un tiempo, en especial durante los últimos siete años, hemos sido testigos de una de las mayores transformaciones de nuestro sistema de administración de justicia, desde su creación. Hoy en día la realidad procesal en sus distintas materias, representa una forma moderna de gestión judicial, que implica un mayor desarrollo de las labores de los empleados judiciales, un desafío en litigación para abogados y jueces y, una manera diferente de ejercer la jurisdicción, en especial en sus posibilidades de interacción y resolución de los conflictos. Todo esto ha traído una nueva percepción, de los derechos de que somos titulares los ciudadanos y de la forma de ejercer las acciones correspondientes, para obtener protección jurídica de ellos.

Es así como, en virtud de los cambios políticos, sociales y económicos que ha vivido nuestro país, hemos sido testigos de una evolución en el Derecho de Familia. Nos percatamos, que este cambio ha sido la consecuencia del progreso de esta rama jurídica en el plano internacional, y nuestro legislador de buena manera ha sabido recoger las nuevas orientaciones e incorporarlas en nuestro sistema jurídico, teniendo en cuenta la necesidad de un procedimiento especial para hacer frente a un especial conflicto: el de naturaleza familiar. La justicia de menores existente hasta antes del 01 de octubre del año 2005, fecha en que entra en vigencia la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, no reconocía la naturaleza más bien sistémica de los conflictos familiares, y el hecho que respecto de ellos, las nociones habituales del derecho privado, como la culpa o las técnicas de responsabilidad, resultan inadecuadas. A su vez, el Derecho Comparado, y los instrumentos internacionales, aconsejaban considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derecho que deben ser oídos, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados. Con todo, los procesos de modernización en Chile han debilitado los grupos primarios de pertenencia y, entonces, la judicialización del

conflicto de familia ha tendido inevitablemente, a acrecentarse. De ahí que el legislador, haya establecido como rol del Estado el emprender una política que, con sentido estratégico, pueda hacer frente a la nueva realidad familiar.

En el marco de esta transformación en la forma de otorgar justicia, la Ley N°19.968 establece los Tribunales de Familia como judicatura especializada en esta materia, y especialmente la mediación como método no confrontacional de resolución de conflictos, una respuesta y un intento de brindar a las familias y sus integrantes, las herramientas adecuadas para la resolución pacífica de sus controversias, generando de esta forma una instancia para que las familias puedan seguir adelante de la manera menos perjudicial posible y pese a los quiebres que puedan sufrir.

En el presente trabajo, nos proponemos realizar un estudio de la resolución alternativa de conflictos, señalar sus características y efectuar un análisis de sus ventajas con el sistema jurídico tradicional. Con esta base teórica, nos orientaremos a analizar la mediación como una de las formas no controversiales de resolución de disputas, que en las últimas décadas ha tenido un gran avance, tanto teórico como práctico y, que ha sido objeto de un gran reconocimiento por diferentes Estados que la han incorporado dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, especialmente en materias de familia.

Pretendemos realizar un estudio acabado de esta institución, tanto en Chile como en el Derecho Comparado, y de esa forma ofrecer una visión crítica de la regulación de ella en nuestro ordenamiento jurídico. En este estudio intentaremos brindar al lector las características de este sistema y sus ventajas, en base a los estudios que se han realizado en el país de la aplicación de la mediación desde su reconocimiento legal.

El gran cambio que implicó la implementación de los Tribunales de Familia, nos lleva a estudiar con detención los principios, objetivos y fundamentos, que tuvo

presente el legislador al desarrollar tanto el Proyecto de Ley como la Ley N°19.968 y las posteriores modificaciones que vino a introducir la Ley N°20.286 en relación a la mediación. Con esto se podrá apreciar qué principios se recogieron del proyecto, y en qué medida se alteró la regulación pretendida por el ejecutivo.

Por último habiendo ya reconocido el esfuerzo del legislador por incorporar los medios colaborativos de resolución de conflictos en materia de familia en la Ley N°19.968, especialmente de la mediación, a los pocos días de la implementación de los Tribunales de Familia, el sistema demostró que existían falencias graves en el resultado de la aplicación de la nueva legislación, entre ellas podemos señalar, la posibilidad de comparecencia sin asistencia de letrados; el no establecimiento de la mediación como obligatoria en determinadas materias; y la carencia de otros filtros en la admisión de las demandas; a un punto tal que las virtudes y avances que el nuevo sistema establecía se vieron, en gran parte opacadas. En virtud de lo señalado, el legislador, teniendo en cuenta que el ideal de justicia temprana en asuntos de familia no se estaba cumpliendo, quiso enmendar los errores a través de modificaciones orgánicas y procedimentales a Ley N°19.968, las que se vieron plasmadas en la Ley N°20.286, publicada en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 2008, modificaciones que estudiaremos con detención hacia el final de este trabajo y que viene a enmendar la justicia vigente de Familia.

CAPITULO I: LA MEDIACIÓN.

I.1 La resolución alternativa de conflictos.

En toda sociedad el surgimiento de un conflicto puede generar un quiebre profundo en las relaciones entre los individuos de ese grupo. Para evitar las consecuencias de un conflicto no resuelto, esto es, inseguridad e incertidumbre, es necesario arribar a una solución del mismo, ya sea eliminándolo o regulándolo, para que la convivencia de las personas afectadas por él, se desarrolle de manera pacífica. Para lograr estos objetivos, tradicionalmente se ha recurrido al proceso judicial, es decir, a un sistema confrontacional de resolución de conflictos, poniendo de esta forma en movimiento la jurisdicción de los Tribunales de Justicia. Los sujetos partes del conflicto, entregan la solución de éste a los Tribunales de Justicia, para que éstos como terceros imparciales, resuelvan el conflicto de relevancia jurídica sometido a su conocimiento, aplicando la legislación vigente al caso concreto. El proceso judicial tiene como objetivo principal brindar una solución al conflicto, accediendo a las pretensiones de una de las partes en la sentencia definitiva, la cual deberá ser acatada por los intervinientes, sometiéndose de esta manera a la decisión jurisdiccional. Este ha sido el mecanismo tradicional de resolución de conflictos imperante en nuestro ordenamiento jurídico desde hace muchos años.

En las últimas décadas han surgido voces críticas del sistema confrontacional, sosteniendo la ineficiencia de éste en la resolución de una gran cantidad de conflictos, entre ella las materias de Derecho de Familia, postulando las siguientes críticas:

- Excesiva demora en la resolución de los conflictos y su alto costo para las partes tanto económico como emocional;
- Exclusión de la comunidad y, especialmente de las partes en la solución del conflicto que les afecta, es decir, nos encontramos ante un caso en que se ha

“expropiado” el conflicto a los particulares para que el Estado se lo atribuya con el fin de otorgar una resolución a éste, quitando todo protagonismo a las partes para la búsqueda de soluciones no establecidas expresamente por la ley;

- En algunas materias no existe una judicatura especializada;
- Gran congestionamiento de los Tribunales de Justicia;

Frente a este negativo panorama, han surgido los “métodos de resolución alternativa de disputas” (RAD, en su sigla en inglés que utilizaremos en más de una oportunidad en lo que sigue de este trabajo) que han encontrado una gran recepción en los ordenamientos jurídicos de distintos países, e incluso en el ámbito del Derecho Internacional Público y Privado, los que recogen como forma de resolución de los conflictos internacionales a la mediación, los buenos oficios y la negociación, entre otros.

Los medios de resolución alternativa de conflictos pueden ser definidos como: “procedimientos no adversariales y voluntarios, que permiten resolver disputas, sin necesidad de recurrir a la justicia (entendida ésta como Poder Judicial)” o bien, podemos decir que son “un conjunto de procedimientos, métodos y técnicas, que tienen por objeto solucionar las desavenencias o dificultades entre personas u organizaciones, no recurriendo a los tribunales, ni a la decisión impuesta por el juez, con la característica intervención activa de ambas partes involucradas. En ellos, la solución de conflictos nace, de la confrontación y armonización de los valores e intereses contrapuestos de las partes, no de la imposición de valores por el juez, porque no pretende mirar exhaustivamente las normas existentes, costumbre y jurisprudencia, sino que más bien se dirige al conflicto en sí, y sus posteriores consecuencias hacia el futuro, viendo las reacciones que tiene en las mismas partes y su entorno social”.¹

1 ALDEA MOSCOSO, Rodolfo, “De la autocomposición”. Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 25.

Estos métodos presentan el rasgo común de ser equivalentes o sustitutos del proceso judicial, pero también se presentan con el carácter de supletorios o auxiliares del proceso judicial. Los RAD se diferencian del sistema adversarial en cuanto a que son formas de solución de conflictos, que prescinden de la actuación del juez para resolver el asunto. En estos sistemas, la voluntad de las partes juega un rol preponderante, ya sea para decidir si acuden o no a estos medios alternativos, si continúan en el proceso una vez éste comenzado, o como expresión de un consenso reconocido por las partes al sujeto que actúa para dirimir el conflicto, o que actúa como un artífice facilitador de la solución.

Dentro de las características de estos sistemas podemos señalar las siguientes:

- 1.- Son procedimientos, es decir, contienen un conjunto de formalidades y ritualidades que deben seguirse y que las mismas partes pueden establecer.
- 2.- Son no adversariales, lo que implica que las partes no se enfrentan en sus pretensiones, sino que buscan a través del diálogo la solución a su conflicto, muchas veces de manera cooperativa entre ellos.
- 3.- Son voluntarios, es decir, las partes no debieran estar obligadas a recurrir a estos sistemas, y de ser obligados por el sistema jurídico respectivo, en forma libre decidirán su permanencia en el procedimiento de resolución alternativo. La libertad se extiende también, a la posibilidad de que en ciertos casos las partes designarán al tercero que las guiará en sus conversaciones, o que eventualmente tendrá la misión de resolver el conflicto como en el caso del arbitraje.
- 4.- Están destinados a resolver disputas, es decir, solucionan conflictos entre las partes, que pueden ser de muy variada índole como pueden ser asuntos de familia, patrimoniales, laborales, etc.
- 5.- Son alternativos al sistema judicial, aunque no necesariamente excluyentes de éste, por cuanto pueden presentarse como etapas dentro del proceso judicial que tendrán la eficacia, en caso de acuerdo de las partes, de poner término al proceso sin un pronunciamiento del tribunal y que tendrán mérito ejecutivo para ser exigible a las

partes.

- Ventajas de los métodos alternativos de resolución de disputas.

Según las profesionales Elena Highton y Gladys Álvarez en su libro "Mediación para resolver conflictos"² estas formas de resolución de disputas tienen las ventajas de ser:

- 1.- Rápidas.
- 2.- Confidenciales.
- 3.- Informales.
- 4.- Flexibles.
- 5.- Económicas.
- 6.- Justas.
- 7.- Exitosas.

Además de estas características también debemos agregar las siguientes:

- 1.- Cooperativas: debe entenderse que la postura inicial de las partes no debe ser confrontacional, sino que debieran partir de la base de que decisiones conjuntas pueden mitigar muchas consecuencias negativas del conflicto y de su demora en solucionarlo.
- 2.- Existe un mayor compromiso de las partes con la solución adoptada, por cuanto ésta implica muchas veces una solución negociada y acordada directamente por los involucrados.
- 3.- Respetuosas de las partes y sus posturas frente al conflicto, debido a que la solución de éste, implica un reconocimiento de sus pretensiones y de su existencia como sujeto.

² HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladys, "Mediación para resolver conflictos". Editorial AD-HOC, 1996, pág.85.

- 4.- Evitan la sobrecarga del sistema judicial y contribuyen a su descongestionamiento.
- 5.- Implican un compromiso de la comunidad en la resolución de los conflictos, que incluso podría hacerse patente por medio del surgimiento de organismos privados para resolver estos conflictos.
- 6.- Generan una ampliación del acceso a la justicia.

- Principales métodos de resolución alternativa de disputas.

Podemos señalar, que las principales formas de resolución alternativa de conflictos son:

- 1.- La negociación.
- 2.- La conciliación.
- 3.- El arbitraje.
- 4.- La mediación.
- 5.- El ombudsman.
- 6.- La evaluación neutral previa.
- 7.- Esclarecedor de cuestiones de hecho (fact-finder)
- 8.- El oyente neutral.
- 9.- El mini juicio.

I.II Concepto de mediación.

Podemos señalar que la mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero imparcial, sin poder decisorio, ayuda a las partes a encontrar una solución al conflicto de manera cooperativa. El mediador debe intentar acercar a las partes en sus posiciones, por medio del reconocimiento que ellas hagan de los puntos de controversia y así acomodar sus intereses a los de la contraria para llegar a fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa.

Por tanto, este sistema de resolución consiste en un procedimiento en el que un tercero neutral ayuda a la comunicación entre las partes, para que estas mismas adopten decisiones voluntarias e informadas para resolver el conflicto, reconociendo la posición de la contraparte y cediendo en parte a las propias, con el fin de arribar a una solución.

El mediador escucha a las partes, para a continuación intentar generar ideas para comunicarlas a las mismas y de esa forma proponer fórmulas de acuerdo, soluciones alternativas. El rol del mediador, por tanto, no es la un observador pasivo sino que tiene la iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión, y posterior resolución de la disputa. Deberá acercar a las partes para que éstas directamente lleguen a un acuerdo, orientarlas y abrir la puerta a soluciones creativas que respeten los intereses de las partes en juego.

Referido a los conflictos de familia, el artículo 103 original, del título V de la ley N°19.968, define la mediación como aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos. Podemos agregar que la diferencia con un juez tradicional, es que el mediador solamente se limita a facilitar el diálogo sin participar activamente en las propuestas y elaboración del acuerdo.

Podemos señalar, que la finalidad principal de la mediación es la de administrar conflictos en forma armoniosa, eficiente, efectiva, eficaz y duradera. La mediación se aplicará cuando los padres han agotado sus posibilidades de negociación directa, recurriendo a un tercero neutral para que les facilite el camino para llegar a un acuerdo, esto en virtud de que son ellos, los encargados en primer lugar de definir cualquier tema relacionado con la familia y en especial respecto de sus hijos.

I.III Características establecidas por la doctrina del proceso de mediación en general.

- En la mediación las partes se encuentran frente a frente: En este procedimiento se genera un contacto directo entre los sujetos que intervienen en el conflicto, los cuales podrán exponer sus posiciones personalmente, con toda la carga emotiva que el conflicto les genera, lo cual difícilmente podrá ser comprendido por las partes cuando el procedimiento se ha entregado a un abogado que prescinde de estos temas para centrar el asunto en los temas estrictamente legales. Como consecuencia de esto, es posible que el mediador pueda lograr que las partes acuerden soluciones que ataquen el conflicto de raíz y ello se debe a que en muchas ocasiones hay sentimientos no comprendidos por los intervinientes y que el mediador como tercero imparcial puede poner sobre la mesa de discusión al detectarlos con claridad. Además este procedimiento, favorece el entendimiento de las partes, siendo ellas mismas las que acuerden una solución al mismo. El mediador hace que las partes descubran cual es verdaderamente el tema en debate, entiendan la diferencia entre lo que quieren y lo que necesitan, entiendan los requerimientos y necesidades de la contraria y consideren las opciones con realismo. Debe motivar e instar a un arreglo sin ejercer ningún tipo de coerción sobre los intervinientes.

- Actuación de un tercero que las partes aceptan: Al aceptar las partes un proceso de mediación, aceptan la intervención de un tercero, llamado mediador, que las guiará durante el procedimiento y al cual las partes le reconocen su legitimidad para dirigir el proceso.

- Imparcialidad del mediador: Este es un requisito esencial de toda mediación, que consiste en que el mediador debe ser imparcial en relación a las partes del conflicto evitando expresar su opinión sobre el resultado del pleito. El mediador debe ser independiente de las partes, por lo cual no debe tener vínculos con ellas ya sean afectivos, de parentesco o económicos, y debe ser neutral respecto al resultado del

proceso de mediación. El mediador debe ayudar a las partes a que lleguen a acuerdos sin privilegiar a ninguna de ellas, ni imponer ningún tipo de solución o medida.

- Es un procedimiento informal: La mediación no tiene un procedimiento establecido por la ley, lo cual no implica que no tenga una estructura clara y determinada. El procedimiento seguido por las partes y conducido por el mediador es informal, no está establecido minuciosamente como sucede con los procedimientos judiciales ordinarios. Es el propio mediador y las partes las que van a determinar las etapas a seguir en el desarrollo de la mediación.

- Confidencialidad: Este principio es requisito esencial de la mediación, por cuanto, otorga a las partes la garantía de que todo lo que se converse en las sesiones no será divulgado ni por la contraparte ni por el mediador. Es importante señalar que el deber de confidencialidad implica que tanto, el mediador como los intervinientes, no deben divulgar la información obtenida en las sesiones a terceros ajenos al procedimiento y especialmente, el mediador deberá evitar revelar a una parte lo que la otra le haya confiado en una sesión privada. Incluso si no se logra un acuerdo el mediador deberá comunicar al juzgado interviniente que el sistema fracasó en cuanto no se logró un acuerdo, pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes.

- Voluntariedad del procedimiento: Las partes deciden voluntariamente someterse a este sistema y durante el curso del mismo mantienen dicha libertad y, por tanto, si durante el procedimiento estiman que éste es innecesario o improductivo, pueden optar por abandonarlo y no continuar con el mismo, sin consecuencias desfavorables para esa parte. No obstante, esta característica de la mediación, no se aplica en Chile respecto de la mediación familiar, debido a que en nuestro sistema, previo a iniciar un juicio de alimentos, relación directa y regular o cuidado personal de los hijos, las partes obligatoriamente deben someterse al proceso de mediación.

- La existencia de una disputa existente: Cuando las partes deciden acudir a un mediador, o son derivadas a mediación, existe un conflicto que se ha exteriorizado,

aunque no es necesario que exista un procedimiento judicial en marcha con pretensiones totalmente articuladas. Es más, la necesidad de recurrir a mediación puede deberse a que las partes no han intentado negociar directamente o bien lo han hecho y esta negociación directa ha fracasado.

- La solución es acordada por las partes: Esta es una gran diferencia de la mediación respecto de la heterocomposición, en la cual un tercero llamado juez, resuelve el conflicto en forma independiente a las partes y esa resolución se puede imponer a las partes en forma coactiva. En cambio en la mediación, son las mismas partes intervinientes las que deben llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, el cual no puede ser impuesto por el mediador, quien como ya se ha señalado, sólo tiene por función acercar a las partes y proponer soluciones adecuadas y muchas veces innovadoras al conflicto. Derivado del hecho de que, el acuerdo alcanzado es libremente aceptado por las partes, estos tienden a cumplirlo espontáneamente con mayor frecuencia que en los casos en que el conflicto lo resuelve un tercero. El acuerdo que logren las partes, deberá enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico, para que pueda ser reconocido y protegido por éste. En este tema podemos señalar que, en las materias en que se permite la mediación, la ley tiene un marcado carácter supletorio a la voluntad de las partes, por cuanto la ley fija una solución que regula las relaciones de las partes cuando éstas no han encontrado una solución diferente, por ejemplo, en el tema del cuidado personal del menor cuando los padres no viven juntos, la ley civil determina que el cuidado corresponde a la madre a menos que exista un acuerdo diferente entre los progenitores, que conste por escritura pública o acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, en que se le entregue el cuidado al padre (artículo 225 del Código Civil) o también en el tema de la relación directa y regular con el padre que no tiene el cuidado personal que lo pueden fijar las partes o el tribunal. Pero en estos dos casos, se puede llegar a soluciones diversas e innovadoras por medio del acuerdo en una mediación, como podría ser un régimen más amplio de relación directa, o incluso un régimen de cuidado personal mixto en que cada padre cuide al hijo durante periodos largos de tiempo, siempre y cuando no atente contra el interés superior del menor.

- El fracaso de la mediación no implica que una de las partes pierda, por el contrario, si el proceso de mediación acaba sin solucionar el conflicto, ambas partes mantienen sus derechos y oportunidades para continuar con otro sistema para la resolución del conflicto. Incluso, en los casos en que la mediación es una etapa del procedimiento judicial, una vez fracasada ésta, el procedimiento judicial seguirá su curso normal y todo lo discutido y reconocido por los intervinientes en la mediación no podrá ser utilizado en el procedimiento por cuanto ya señalábamos que la mediación es confidencial y todo lo que en ella se verifique no podrá ser presentado ni como prueba ni de ninguna forma ante el tribunal que sustancie el proceso.

I.IV Modelos de mediación.

Doctrinariamente serían tres los modelos de mediación aceptados, que actualmente se están utilizando en los programas de formación en mediación y gestión de conflictos:

- a. Modelo Circular Transformativo**
- b. Modelo de Harvard.**
- c. Modelo Circular Narrativo³.**

a) El modelo circular Transformativo: Este modelo pone énfasis en el reconocimiento del otro y la valorización de uno mismo, con independencia de arribar o no los intervinientes en un proceso de mediación a acuerdos. Así, promueve la comunicación entre las partes, teniendo como objetivo la transformación de las relaciones.

³ PARKINSON Lisa, "Mediación familiar: teoría y práctica: principios y estrategias operativas", Editorial Gedisa, 2005, páginas 32 y ss.

La mediación tradicional, considera que esta ha sido exitosa cuando se llega a un acuerdo, define el objetivo como el mejoramiento de la situación de las partes comparada con lo que era antes. El enfoque transformador sin embargo, define el objetivo como el mejoramiento de las propias partes, comparadas con lo que eran antes. En la mediación transformadora, se alcanza el éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar, gracias a lo que ha ocurrido en el proceso de mediación, sin importar si llegan a acuerdo o no, lo que atendido a la particularidad de la dinámica familiar parece bastante interesante y se acerca a la cuestión que la doctrina cuestiona en forma permanente, la idea es mediar intereses más que posiciones.

b) El modelo de Harvard o modelo Tradicional-Lineal: Este modelo se basa en la comunicación en sentido “lineal” o “bilateral efectiva”, donde la comunicación es entre dos personas: mientras una expresa su contenido, la otra escucha y viceversa. Es decir, busca como finalidad conseguir acuerdos, se centra en el contenido de la comunicación y no tiene en consideración la relación entre las partes.

Para este modelo, el conflicto tiene una causa que es el desacuerdo y se trabaja sobre los problemas derivados de este. No tiene en cuenta otras causas, el contexto, ni las relaciones entre las partes, centrándose en el contenido de la comunicación. Los sentimientos y las relaciones tienen un papel reducido.

En el caso de no producirse acuerdo entre las partes, es muy probable que algo haya fallado en el proceso de mediación, lo que generalmente para este modelo se derivaría de un error por parte del mediador.⁴

c) El modelo Circular Narrativo: La más alta exponente de este modelo es Sara Cobb, terapeuta estadounidense, quien tomando elementos del enfoque sistémico y de la teoría de la comunicación concibió un modelo orientado a trabajar con familias⁵.

⁴ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, “Post-título de formación de mediadores familiares”, Apuntes de clases, Santiago, 1996.

Este modelo está basado en la “causalidad circular” que sostiene que los conflictos son productos de múltiples causas: así los conflictos se retroalimentan permanentemente. La comunicación también es entendida de forma circular. Según los mediadores que trabajan con este modelo, el acento está puesto en modificar las historias personales que las partes traen a la mediación, y transformarlas en una historia alternativa, facilitadora del cambio, que permita ver “el conflicto” por todas las partes desde otro ángulo. Su meta es modificar las relaciones y obtener el acuerdo.⁶

I.V Ventajas de la mediación.

Tradicionalmente se señalan como ventajas de la mediación, las siguientes:

- Rapidez:

En los casos en que la mediación es exitosa, generalmente el acuerdo ha sido obtenido a las pocas semanas de iniciado el proceso, y no pocas veces se ha presentado el acuerdo en la primera audiencia, luego de una o dos horas de debate. Esta ventaja es muy importante, por cuanto, permite solucionar el conflicto sin agravar aún más la relación de las partes y cuando la solución del conflicto es realmente necesaria y útil. Por otro lado, el sistema judicial tiene el gran inconveniente de la demora en la resolución del conflicto y muchas veces la solución es demasiado tardía, e inclusive podría ser extemporánea al conflicto, por cuanto la relación de las partes se ha quebrado totalmente y es irrecuperable. Se debe considerar que una solución tardía en materia de familia puede ser muy grave para los intereses de los intervinientes y la mediación se presenta como una solución rápida y acordada por las partes que permite mantener la relación y evitar mayores conflictos, que en algunos casos pueden presentar una gran intensidad y violencia tanto física como emocional.

⁵Ibid.

⁶Ibid.

- Economía:

El sistema se realiza en forma gratuita en muchos casos o bien a cambio de contribuciones bastante menores y si se compara con el costo de litigar ante tribunales de la jurisdicción ordinaria, podemos concluir que es mucho más conveniente resolver el conflicto en una mediación que asumir los altos costos económicos de recurrir a tribunales.

- Justicia:

La solución que se alcanza en una mediación se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas mismas la que acuerdan esta solución.

- Cultura del diálogo:

La mediación, por el hecho de que la solución es acordada por las partes, incorpora en el grupo social, una cultura del diálogo, incentivando a las personas a acudir a sistemas no adversariales para solucionar sus conflictos.

- Flexibilidad:

Esto se traduce en el uso de un lenguaje sencillo y en que el procedimiento se puede ir adecuando a las necesidades de los intervinientes.

I.VI Ámbito de aplicación de la mediación.

No cabe duda alguna de que existen materias en las cuales la mediación tendrá gran importancia y utilidad, pero también podemos encontrar materias en las cuales la mediación no será recomendable como medio de solución de disputas y otras en las cuales se encuentra prohibida. A continuación veremos las materias en las que se recomienda la mediación y aquellas en que ésta no es recomendable:

- Materias en que se recomienda la mediación:

Según Elena Highton y Gladys Álvarez en su obra “Mediación para resolver conflictos” esta institución ha demostrado mayor éxito en los siguientes casos:

- 1.- Cuando hay dos o más partes que tienen una relación que se perpetúa en el tiempo, por lo que desean terminar con el problema mas no con la relación que los vincula.
- 2.- Cuando las partes quieren mantener el control sobre el resultado de su conflicto.
- 3.- Cuando las partes comparten algún grado de responsabilidad por el estado del conflicto.
- 4.- Cuando ambas partes tienen buenos argumentos y existe una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de conflictos futuros.
- 5.- En aquellos casos en que la solución legal es una solución extrema en el sentido de que de existir un fallo judicial reconocería la posición de una parte que resultaría totalmente vencedora y la otra aparece como perdedora. En estos casos las partes pueden acordar soluciones intermedias que la ley no contempla.
- 6.- En los casos en que la disputa judicial se presenta como un problema que las partes no quieren asumir y ninguna desea entablar juicio.
- 7.- Cuando no existe gran desequilibrio de poder.
- 8.- Cuando se desea mantener el anonimato, privacidad y confidencialidad.
- 9.- Cuando la causa del conflicto radica en una mala comunicación previa de los intervinientes.
- 10.- Cuando se quiere minimizar los costos tanto económicos como emocionales y, por tanto, se desea resolver el conflicto rápidamente.

En cuanto a las materias y el contenido del conflicto no existen límites salvo el orden público. Se puede mediar temas de familia, asuntos civiles de la más variada índole, tanto comerciales, contractuales y también temas públicos como pueden ser asuntos medio ambientales. En materia penal, normalmente se excluye la mediación salvo en casos penales menores.

- Materias en las cuales no se recomienda la mediación:

- 1.- Cuando una de las partes desea probar la verdad de los hechos.
- 2.- Cuando una de las partes tiene una cuestión fundamental de principios e innegociable.
- 3.- Cuando alguna de las partes tiene un interés punitivo o una noción de justicia retributiva que desea ver reconocidos en una decisión emanada de un juez.
- 4.- Cuando una parte está ausente o incapacitada.
- 5.- Cuando la controversia involucra un delito de acción penal pública o delitos contra menores.
- 6.-En general, cuando está involucrado un asunto de interés público.

I.VII Etapas del proceso de mediación en general:

Como proceso que es la mediación se puede desarrollar en una o varias audiencias, de duración variable, y puede presentarse casos en que el conflicto se solucione luego de una o dos horas de reunión hasta aquellos casos en que se puede extender a unos cuantos días.

A continuación se señalará las etapas más sobresalientes e importantes del proceso:

- 1.- Normalmente, la primera sesión de mediación es conjunta y sólo se realizará si llegan ambos intervinientes. En esta sesión el mediador señalará a las partes el objetivo de la mediación y la posición que éste asumirá en ella, señalándole a ambas partes las pautas del procedimiento.
- 2.- Una vez que están todos sentados en la sala destinada a realizar la mediación, tanto el mediador como los intervinientes deberán presentarse.
- 3.- Antes del inicio de la audiencia el mediador deberá señalar a las partes que el

procedimiento es voluntario, en el sentido de que se pueden retirar cuando estimen que ésta ha fracasado y que no están obligadas a llegar a un acuerdo, pero siempre el mediador instará a las partes a que realicen el máximo esfuerzo a fin de resolver el conflicto en el tiempo asignado.

4.- En la audiencia conjunta podemos distinguir dos momentos:

- a) el mediador hará una exposición introductoria a la mediación
- b) luego, las partes harán su relato de los hechos que motivan la controversia.

5.- Se podrá citar a las partes a sesiones individuales.

6.- Conclusión de la mediación.

Respecto a las etapas antes señaladas cabe realizar algunas precisiones y ahondar en algunas de ellas:

En primer lugar, cuando el mediador se presente, deberá dar a las partes la información del procedimiento, lograr la confianza de éstas y obtener información acerca de la disputa y las personas involucradas en ella. Al brindar la información del proceso de mediación, el mediador establecerá las reglas básicas y su rol en el proceso que se inicia, además de permitirle establecer su rol de control de la misma. En este discurso de apertura, deberá expresar en forma clara y concisa la información pertinente de una manera imparcial, lo que derivara en obtener la confianza de las partes.

Será necesario que el mediador señale a las partes su imparcialidad en la resolución del conflicto, y de esa forma lograr que las partes depositen su confianza en él. Este punto es vital para el avance de la mediación, por cuanto, las partes probablemente no confíen entre ellas e incluso exista entre ellos una relación basada en la ira y el enojo y la no aceptación del otro, por lo cual el mediador deberá esforzarse por lograr la confianza de ambos, que lo reconozcan como un tercero que los va a escuchar a ambos sin decidir ni prejuzgar y que los orientará para que ellas mismas logren un acuerdo.

A continuación el mediador deberá explicar la regla de la confidencialidad, que es una característica definitoria de la mediación. Si esta regla está establecida en la ley, el mediador la comunicará a las partes de acuerdo a la normativa vigente. En caso de que no exista esa norma en el ordenamiento jurídico, las partes firmarán un acuerdo de confidencialidad que también debiera suscribir el mediador.

La confidencialidad tiene varios aspectos:

- en primer lugar, el mediador no deberá divulgar a la otra, la información que una de las partes le confíe en una sesión privada;
- además el mediador no deberá divulgar a terceros la información que ambas partes le brinden durante el proceso;
- el mediador no podrá ser testigo de ninguna de las partes si la mediación fracasa;
- por último, las partes estarán obligadas a guardar reserva de los antecedentes obtenidos en las audiencias. Esta regla no es absoluta, lo cual deberá ser comunicado por el mediador, puesto que en ciertos casos este privilegio no regirá y que se refiere especialmente a los casos de información referida a la comisión de un crimen o delitos contra menores. La infracción de esta obligación del mediador lo hará incurrir en un delito al que se le aplicarán las penas que en cada legislación se contemplen.

Posteriormente el mediador contestará las preguntas que le formulen las partes sobre el procedimiento, los roles de cada uno, los posibles resultados o de cualquier otra índole, y realizará las aclaraciones que estime pertinentes.

A continuación serán las partes las que harán una exposición de sus posiciones. El mediador tratará de otorgar tiempos similares a cada uno de los intervinientes. Deberá escuchar atentamente el relato de cada uno, y podrá realizar las preguntas que estime necesarias para empezar desde ya a indagar las necesidades y sentimientos subyacentes.

Si las partes están acompañadas de sus abogados, el mediador deberá escucharlos, pero sabemos que el relato que estos harán será de carácter jurídico y adversarial, por lo cual, a continuación de ellos se deberá escuchar a los propios interesados que brindarán una relación menos precisa jurídicamente, pero más rica en contenido emocional que le permitirá al mediador empezar a develar cuales son los factores del conflicto, muchas veces encubiertos y hasta desconocidos para los propios intervinientes. Este relato directo y personal por los interesados, tiene una serie de ventajas:

- permite a las partes expresarse y hacerse oír, lo cual puede ser entendido como un reconocimiento de su persona y un primer paso en el apoderamiento del conflicto por éste;
- permite a cada parte oír el relato de la otra directamente, lo cual será un primer paso en un posible reconocimiento del “otro” y sus pretensiones;
- permite evaluar a las partes las fortalezas y debilidades de sus posturas al ser presentadas ante un tercero.
- Esta etapa es ineludible en toda mediación, por lo cual no puede omitirse.

Posteriormente, el mediador hará un breve resumen de las posturas de las partes en el cual señalará los hechos y pretensiones relevantes con un lenguaje más neutral que el utilizado por las partes. En este primer momento el mediador podrá identificar los puntos centrales del conflicto. De esta forma podrá demostrar a las partes, que los ha “escuchado” atentamente, que entiende el conflicto y le permite reconocer y confirmar las posiciones y pretensiones de cada uno.

Luego, el mediador intentará iniciar un dialogo en que participen todas las partes, para que éstas inicien un primer acercamiento en sus posturas y, en algunos casos, el mediador podrá percibir conflictos que las partes no reconocen explícitamente. En cada uno de los puntos centrales del conflicto que se discuta, el mediador deberá intervenir ayudando a las partes a comprender las posiciones, necesidades y sentimientos del otro.

En este intercambio de ideas se puede generar una instancia de cooperación y entendimiento entre las partes y “lo ideal es ayudarlas a que tomen distancia de lo emocional y aumenten el nivel de conocimiento del tema de fondo para poder vislumbrar la perspectiva del otro”⁷. De esta forma las partes se podrán comunicar las prioridades, sentimientos involucrados, y necesidades subyacentes en el conflicto.

Durante esta etapa, la labor del mediador deberá centrarse en escuchar atentamente a las partes, e informarse en la mejor forma posible de las distintas aristas del conflicto, tanto jurídicas como afectivas, explícitas e implícitas. Además deberá controlar el nivel de la discusión, poniendo énfasis en mantener a las partes calmadas y evitar que el conflicto se acentúe, para lo cual deberá reorientar las perspectivas que se han formado las partes desde una postura adversarial, hacia una en que visualicen la existencia de objetivos mutuos, por tanto, el rol del mediador no será pasivo, sino que por el contrario, deberá ser enérgico y proactivo en su intento de guiar a las partes a un diálogo fructífero, respetuoso y lo más sincero posible.

Una vez realizada esta etapa, el mediador, en la mayoría de los casos, tendrá los conocimientos necesarios de los hechos para poder de esa forma identificar el núcleo del conflicto. De esta forma podrá asistir a las partes, para que ellos mismos se percaten de que es lo más relevante en el conflicto, y puedan llegar a un compromiso en este asunto, con la intervención del mediador que orientará el debate hacia los asuntos de mayor trascendencia. Esta tarea de estructurar la discusión que realiza el mediador, debe orientarse a “ordenar el debate de manera que ayude a las partes a encaminarse hacia el acuerdo”.

Es recomendable que el mediador oriente la discusión a los temas más sencillos, lo que sirve para que las partes adquieran confianza en el sistema y se genere un clima de entusiasmo en el evento de llegar a un acuerdo en este tema, para

7 HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladys, “Mediación para resolver conflictos”. Editorial AD-HOC, 1996, p.309.

con posterioridad abocarse a los temas de mayor complejidad y que requerirán un mayor compromiso de las partes y la disposición de ciertas pretensiones.

Para lograr dirigir el debate el mediador deberá tener en cuenta una serie de circunstancias:

1.- La diversidad de asuntos y su naturaleza: el mediador podrá percatarse de que algunos asuntos son patrimoniales, otros de índole afectiva y otros relativos a la conducta de los intervinientes. Deberá precisar cada uno de ellos y dividirlos para de esa forma ayudar a las partes a “seccionar la disputa” en sectores determinados y que al ser desvinculados de los otros asuntos serán más fáciles de manejar y eventualmente de resolver, y podrá ir alcanzando puntos de acuerdo en ellos en forma separada.

2.- Las soluciones: una buena forma de empezar con la mediación, señalan los autores, radica en reconocer que algunos asuntos pueden ser solucionados por la reciprocidad de las partes, lo cual torna el asunto en una cuestión más fácil de resolver. Un intercambio de disculpas puede ser un buen comienzo para la solución de un primer asunto y permite que las partes se empiecen a “mirar” con respeto.

3.- El mediador deberá percatarse de aquellos asuntos que implican un compromiso de una de ellas ya sea de carácter filosófico o de índole personal, el cual será de más difícil resolución y lo lógico sería que fuese abordado al final del proceso para no entorpecer los acuerdos en otras materias menos complejas.

Al final de esta etapa es probable que el conflicto se haya reducido en relación a su contenido respecto del comienzo del proceso; esto permitirá darle mayor atención a la parte restante y un enfoque más agudo y un mayor tiempo para su resolución.

Luego de estas etapas, si no ha habido un acuerdo completo en esta audiencia, el mediador deberá citar a otras sesiones. Un factor importante a tener en consideración, es el tiempo que debe mediar entre una y otra sesión, por cuanto de ser muy breve puede abrumar a las partes y generar un agotamiento emocional en las

partes. Por otro lado, fijar un tiempo demasiado largo entre sesiones implica que se pierde la fluidez de éstas, por el hecho de tener que gastar mucho tiempo en recuperar la afinidad lograda, y en revisar lo que se hubiese conversado anteriormente. El tiempo que medie entre cada sesión, deberá determinarlo el mediador, sin dejar de lado las presiones que puedan tener las partes en la rápida solución del conflicto, ya sea de índole personal como laboral

El mediador podrá citar a alguna de las partes a una sesión privada. Este punto es muy controvertido por los mediadores, existiendo algunos que lo consideran un paso necesario en toda mediación, hasta aquellos que consideran que la sesión privada solo puede ser utilizada en casos extremos. En teoría, se postulan como ventajas de estas sesiones, las siguientes:

- 1.- La parte puede estar más tranquila, al evitarse los estímulos y presiones de la otra, por lo cual puede estar más receptiva y flexible en el dialogo;
- 2.- Al estar solo con el mediador, es posible que el interviniente pueda hablar con mayor libertad sobre sus intereses subyacentes y expresar sus motivaciones personales;
- 3.- El mediador puede instar a cada una de las partes por separado, a reconocer sus propias responsabilidades en la solución del problema.

Sin olvidar que la sesión privada debe ser utilizada prudentemente para no generar desconfianza en la otra parte se señala que los motivos que podrían fundar el llamado a una sesión privada serian tales como:

- explorar opciones para un acuerdo
- advertir a la parte más negativa a un acuerdo, que de no cambiar su posición, se producirá la terminación de la mediación.
- conformar cambios de posturas o bien cuando el mediador estime que una de las partes oculta información pertinente para alcanzar un acuerdo, etc.

Cabe señalar que en las sesiones privadas también rige el principio de confidencialidad, por lo cual el mediador deberá guardar estricta reserva de los

antecedentes de que tome conocimiento en estas sesiones privadas.

A continuación ahondaremos en la mediación familiar, su concepto, principios, objetivos y todo lo relacionado con la implementación de esta en nuestra legislación, como medio de resolución alternativa de los conflictos familiares.

CAPITULO II: LA MEDIACIÓN FAMILIAR

II.I Generalidades respecto de la mediación.

La mediación en materias de familia, aparece tempranamente en los Estados Unidos y luego en Canadá como una alternativa para la resolución de los conflictos propios de la ruptura familiar, aunando criterios y procurando llegar a discusiones satisfactorias para todos los miembros, y así intentar dar una salida extrajudicial al gran número de separaciones y divorcios, que colapsaban el sistema judicial.⁸

El proceso de mediación familiar tal y como es entendido en la actualidad, tiene su aparición en 1960 con una iniciativa del Departamento de Conciliación del Tribunal de Familia de Milwaukee (Winsconsin, EE.UU.), con la cual se pretendía abordar los problemas derivados por los plazos de espera, el costo económico, la pérdida de función parental y otros, tras el elevado incremento de divorcios contenciosos que por aquellas fechas tenían lugar en esa ciudad, con el consiguiente colapso de los Juzgados.

Si bien, inicialmente, la mediación familiar tuvo su origen como medio de resolución y asesoramiento en el proceso de divorcio y los conflictos referidos a la custodia y a la convivencia de los hijos con cada uno de los padres, luego, tras la incorporación de profesionales del área laboral, fueron abordados también los aspectos económicos⁹.

Actualmente la mediación familiar, se aplica en Alemania, Argentina, Inglaterra, Escocia, Finlandia, Noruega y Francia entre otros países – este último país, es el que

⁸ DUPUIS, Juan Carlos, “Mediación y Conciliación”, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, pág. 264.

⁹CONNELLY Thomas y LOISEAU Virginie, “Mediación familiar a partir de los tribunales de familia de EEUU y Canadá”, Serie Estudios N°2, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional. 1998, pág. 181.

más ha regulado respecto del tema-. En España, la primera experiencia fue llevada a cabo en San Sebastián en 1988, subsidiada por el departamento de Justicia del Gobierno Vasco, si bien, se trató de una experiencia que no tuvo continuidad en su momento, permitió que más tarde, en octubre de 1996, el Gobierno español pusiera en marcha un servicio público y gratuito, atendido por psicólogos y abogados formados en mediación.

En Chile, la incorporación a nivel normativo de la mediación familiar se produce en el año 2004 luego de la aprobación de dos cuerpos legales distintos: la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia. El primero de ellos no contemplaba en su primera versión una instancia de mediación, sino que se incluye posteriormente (2001) como consecuencia de la discusión parlamentaria del proyecto de ley de Tribunales de Familia que sí la contenía desde sus inicios.

La ley de Matrimonio Civil N°19.947, producto de la discusión parlamentaria señalada en el párrafo anterior, fue aprobada en el año 2004, incluyendo una instancia de mediación familiar, sin embargo, la regulación de esta institución en dicho texto legal, resultó engorrosa y poco eficaz, principalmente porque era un trámite que quedaba entregado a la voluntad de las partes o a la discrecionalidad del juez y la oportunidad en que procedía era muy tardía, motivos por los cuales la ley N°20.286 suprimió todos los artículos referidos a la mediación familiar contenidos en la ley N°19.947, dejando regulada la materia de la mediación sólo por la normativa de la ley N°19.968 referida a los Tribunales de Familia.

II.II La familia:

Creemos necesario previo a introducirnos en el tema de la mediación familiar, acercarnos al concepto de familia.

La familia ha sido y es, un tipo de grupo primario presente en todos los contextos históricos y sociales, pero que se encuentra en continuo cambio y evolución, lo cual ha sido mucho más evidente en los últimos cien años de la historia mundial. Aunque existe acuerdo respecto a su presencia a lo largo de la historia, y su importancia en términos formadores, no existe un acuerdo respecto a su definición y a su conformación, lo que dependerá de concepciones valóricas e ideológicas.

En una primera aproximación podemos señalar que la familia es una obra de la naturaleza humana, y que se dirige a satisfacer necesidades y exigencias inherentes a las personas como seres individuales y sociales. La familia en la sociedad, tiene importantes tareas, que tienen relación directa con la preservación de la vida humana tanto en su desarrollo como en su bienestar, siendo parte de sus funciones:

- 1.- La familia juega un rol preponderante en la socialización primaria de sus miembros, en la formación de un sustrato valórico y en lo relativo al afecto entre sus miembros, el sentimiento de pertenencia y de protección;
- 2.- En un aspecto social, juega un rol de ente transmisor de la cultura, en donde se aprenden formas de enfrentar y resolver conflictos, asumir relaciones de igualdad en el desempeño de roles;
- 3.- Por último, se ha señalado que facilita la adquisición de capital social entendiendo que ello “corresponde a actividades asociativas que producen incremento de recursos y activos cuyo uso potencialmente puede ampliar el espectro de oportunidades personales”¹⁰

Como definición de familia, podemos señalar que es “un sistema social, compuesto por individuos unidos por lazos de consanguinidad o no, de parentesco, de afectividad o de subsistencia, cuyo funcionamiento se mantiene a través de una estructura relacional de convivencia, sea esta funcional o no, pero que le permite un

10 CIDPA, “Evaluación de las intervenciones programáticas hacia los jóvenes”. Investigación encargada por INJUV, Stgo., año 2003.

equilibrio y estabilidad para la sobrevivencia y el mantenimiento del núcleo familiar. Esto se traduce en que los miembros establecen lazos de pertenencia e identidad desarrollando un modo de ser y sentir la vida de acuerdo a los patrones culturales que internalizan, lo que determina su ser social”¹¹

Nuestro ordenamiento jurídico no ha definido de modo general a la familia, y es probable que don Andrés Bello no lo haya realizado, debido a que al momento de redactar el Código Civil las familias se basaban en el matrimonio, siendo las únicas reconocidas por la sociedad. Sin embargo, para algunos autores por el hecho de no existir un concepto legal de familia, deberemos entenderla en su sentido natural y obvio según lo señalado en el artículo 20 del Código Civil, siendo éste el entregado por el Diccionario de la Lengua Española, que señala que familia es “un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” o “conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”.

Para la Comisión de Familia de nuestra Cámara de Diputados, ante la ausencia de un concepto legal, ha sido tarea de la doctrina definir su concepto. A nivel doctrinario, se discute respecto de si la familia que debe proteger el Estado, es la matrimonial u otro tipo de familia. Tema importante en relación con la mediación familiar, respecto de quienes pueden acceder a este medio de resolución de conflictos no confrontacional. Para algunos, la Constitución Política de la República, en tanto no distingue, comprende a ambos tipos de familia, matrimonial y no matrimonial, existiendo, además tratados internacionales suscritos por Chile, que prohíben discriminar entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y a lo que da fiel cumplimiento la ley sobre filiación.

Para otros, el concepto constitucional de familia no puede ser otro que aquel fundado en el matrimonio. Sostienen que, si la Constitución Política no lo preciso fue

11 HERNÁNDEZ, A., “Aportes de la Psicología, Modelo de tratamiento preventivo con familias en pobreza”, UNICEF, Bogotá, Colombia, año 1992.

por su obviedad, y que los textos internacionales coinciden en considerar la familia como una institución íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio.

Por su parte, también se ha sostenido que dicha discusión ha sido superada con la Ley N°19.947 de Matrimonio Civil la que, al establecer que el matrimonio es la base fundamental de la familia, reconoció a la familia no matrimonial como objeto de protección del Estado. Es decir, si el matrimonio es la base principal de la familia, el legislador estaría indicando que existen otras bases, distintas de la matrimonial, pero que quedan dentro de su esfera de protección. Asimismo, la ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar demostraría el carácter amplio con el que nuestra legislación ha ido concibiendo a la familia, en tanto, obliga al Estado a adoptar medidas para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia y concibe como ámbito de aplicación, es decir, como grupo familiar que protege a los cónyuges, convivientes, ex cónyuges o convivientes, determinados parientes, hijos, menores de edad, adultos mayores y personas con discapacidad¹².

La definición doctrinaria más utilizada, es la que entiende por familia al grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción, que viven juntos por un periodo indefinido de tiempo. Dando lugar a que tanto las familias basadas en el matrimonio, como las no matrimoniales, sean protegidas por nuestro ordenamiento jurídico y puedan acceder a las nuevas instituciones, como lo es la mediación familiar.

II.III.- La mediación familiar.

La mediación familiar se puede definir como “una estrategia de intervención que

¹² CONGRESO NACIONAL DE CHILE, CAMARA DE DIPUTADOS, COMISIÓN DE FAMILIA. “Boletín Informativo N°7795-18, “Informe de la Comisión de Familia referido al Proyecto de Ley que establece el día nacional de la familia y declara feriado irrenunciable el último domingo del mes de Julio para efecto de su celebración”.

tiene como fin conseguir una salida pacífica a los conflictos generados en la convivencia familiar. En este proceso, las partes en disputa pretenden resolver sus diferencias negociando con la ayuda de una tercera persona, el mediador, quien facilita la búsqueda de soluciones, permaneciendo neutral y sin ejercer ningún tipo de poder en las decisiones que se adoptan”¹³.

El artículo 103 de la ley N°19.968 establece que, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.

La mediación en el ámbito familiar se extiende a la vida familiar y/o matrimonial, actúa sobre el modo de entender la convivencia familiar tanto en las relaciones conyugales, filiales y fraternales y su objetivo radica en definir acciones que “restauren, fortalezcan y consoliden las relaciones interpersonales”¹⁴

En esta materia se ha planteado como adecuada la “mediación familiar interdisciplinaria o compleja” y que según Daniel Bustelo Elicálbe-Urriol es “aquella intervención de un equipo multiprofesional representado en la persona del o los mediadores, no vinculado a las partes de un conflicto familiar de separación o divorcio, matrimonial o no, que lo hace en un principio a solicitud de cualquiera de ellas o de ambas, con el objeto de promover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución del conflicto familiar originado por la cesación de la vida marital”¹⁵.

Se recomienda que la mediación en relación a la familia, se realice desde una

¹³ ESCRIVÁ Javier, “Matrimonio y mediación familiar”, Documentos DIF, Madrid, N° 30, año 2001.

¹⁴ FUNDACION CHILE UNIDO, “Para entender la mediación familiar”, Corriente de opinión de la Fundación Chile Unido, Junio 2003, N° 84.

¹⁵ BUSTELO Daniel, Ensayo: “Mediación Familiar Interdisciplinaria”, Edit. B.M.S. Editoriales, Madrid 1995.

óptica interdisciplinaria, por cuanto, implica una mirada integral del asunto y la problemática intrafamiliar, que no solo obedece a un factor determinado sino que está integrado por una gran cantidad de factores que generan el conflicto.

La resolución del conflicto de familia que las mismas partes realizan con la ayuda del mediador, además de solucionar la disputa presentada ante el mediador, debiera atender a un tema fundamental en el ámbito de familia, y que consiste en que las relaciones de familia son de carácter permanente en el tiempo, por lo cual la mediación familiar no sólo debe tener como objetivo la resolución de un conflicto puntual, sino que el mediador debe “enseñar” a los miembros de la familia a solventar los eventuales conflictos futuros, sin tener que recurrir a un tercero para ello.

La mediación, por lo tanto, se presenta en este ámbito como una instancia de aprendizaje de las partes, en las cuales deberán entender a interactuar respetando al “otro” y sus diversas pretensiones. La mediación en cualquier tema de familia, debe participar de las fases previas al conflicto, de forma que pueda contribuir a la restauración de la relación de familia, al fortalecimiento de ella, o a establecer formas de interacción respetuosa para el futuro, en el caso de que la familia decida separarse (divorcio por ejemplo) y así evitar, en la medida de lo posible, el surgimiento de nuevas controversias y también entregar a las partes las herramientas y aptitudes para resolver esos futuros conflictos en forma personal.

En este orden de ideas podemos concluir que, la mediación familiar no tiene como único objetivo el de que las partes lleguen a un acuerdo. “Todos los autores, sin excepción, completan la definición calificando estos acuerdos de estructurados y duraderos, o de acuerdos que se cumplan, o como acuerdos que traigan a ambas partes satisfacción subjetiva y ventajas objetivas” ¹⁶

16 CARDENAS Eduardo José, “La mediación en conflictos familiares. Lo que hay que saber”, Edit, Lumen/Humanitas, 1999, pág. 64 y 65.

Es imperativo que los intervinientes logren verse como partes de un todo (la familia), y que reconozcan que el bienestar personal futuro, está íntimamente ligado al bienestar individual de los restantes integrantes de la familia. Para lograr esto, las partes deben iniciar un proceso de cambio y crecimiento personal, que en el futuro les permita “empoderarse” de sus relaciones, y gestionar su futuro en forma negociada y respetuosa con los demás miembros de la familia, aunque ésta se encuentre separada de hecho o incluso cuando se ha disuelto el vínculo matrimonial que los unía. Así, Eduardo Cárdenas señala que, “El proceso de mediación, al promover cambios en la organización de la familia, al desequilibrar el poder y corregir la forma en que hasta entonces se han tomado las decisiones, devuelve a las partes la posibilidad de hablar con paridad, la autoestima y el sentimiento de que el otro no está tratando de destruirlo sino de ayudarlo”.

Otro tema que adquiere gran trascendencia en la mediación familiar, es el relativo a la complejidad del conflicto, el cual no solo está integrado por desavenencias de carácter patrimonial, sino que toda problemática familiar está integrada por factores afectivos que suelen predominar sobre aquellos. La presencia de estos vínculos afectivos, hace que la resolución judicial sea altamente incierta y en muchos casos ineficaz, por cuanto, en la solución de ese conflicto primará la decisión de favorecer a una parte, por lo cual habrá un ganador y un perdedor. Estas formas de solución de conflictos en las cuales hay un ganador y un perdedor, son generalmente calificadas de inadecuadas para los conflictos en que las partes deben mantener una relación posterior en el tiempo, ya que se habrá deteriorado esa relación. Esto es de gran relevancia en el ámbito familiar, en el cual los intervinientes seguirán vinculados por largo tiempo, como puede suceder en el caso del cuidado personal de los hijos y la relación directa y regular que mantendrá el progenitor que no tenga ese cuidado.

II.IV Principios que informan la mediación familiar en nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 105 de la ley N°19.968 se refiere a los principios de la mediación familiar, esto significa que durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar especialmente porque se cumplan con los requisitos establecidos por el legislador. Por ejemplo, el mediador siempre deberá tomar en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, lo que significa que tratará de garantizar su integridad física, sexual, emocional, afectiva, económica y social.

De la transcripción de este artículo, podemos desprender los principios fundamentales que informan la mediación familiar en Chile:

1. El principio de igualdad está referido a que las partes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos, de esta manera ninguna de ellas puede abusar de la situación de inferioridad de la otra, de su error o ignorancia pretendiendo lograr un acuerdo desequilibrado, o manifiestamente injusto. En el caso de que el mediador perciba desigualdad entre las partes, propondrá o adoptará las medidas necesarias para que se obtenga el equilibrio, de no ser ello posible declarará terminada la mediación.
2. El principio de voluntariedad para todas las materias de familia, y en especial para aquellas que son de mediación obligatoria, significa que los participantes pueden retirarse de la mediación en cualquier momento, sin que signifique un perjuicio para la parte que tomó esa decisión. Es decir, pueden llegar a un acuerdo sólo si lo desean, lo central del acuerdo es que las partes son dueñas de la decisión de terminar con su conflicto.
3. El principio de confidencialidad, significa que el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional, siendo sancionada dicha violación con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal. Es importante destacar, que nada de lo dicho por los participantes en el proceso de mediación podrá

utilizarse en el procedimiento judicial, si este se llevara a cabo. Con todo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados.

4. El principio de imparcialidad, se refiere a que el mediador no debe demostrar preferencia por ninguna de las partes del proceso. Si la imparcialidad se viera afectada por cualquier causa, el mediador deberá rechazar el caso. También los involucrados podrán solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador cuando vieran comprometida la imparcialidad del mediador.
5. El principio de interés superior del niño está referido a que el mediador velará siempre durante el curso de la mediación, para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.
6. El principio de considerar por parte del mediador las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia.

II.V Clasificación de la mediación familiar en la ley N°19.968 a que dio lugar su posterior modificación.

- Materias de mediación obligada.

En las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y regular, la mediación será anterior al procedimiento judicial y con carácter de obligatoria (art. 106 ley N°19.968). La secuencia que describe la ley, es la siguiente: presentada la demanda recaída en cualquiera de estas materias de mediación obligatoria, ella le será asignada a uno de los jueces de familia y se mantendrá en suspenso mientras se lleva a efecto la derivación al mediador.

La mediación respecto del derecho de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, no será obligatoria para los casos del artículo 54 de la ley N°19.947, esto es, cuando se está demandando el divorcio por falta imputable al otro cónyuge. También quedaran exentos de esta obligación, las partes que acrediten que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación.

- **Materias de mediación prohibida.**

Las materias de mediación prohibida se encuentran también en el art. 106 de la ley N°19.968 y son las relativas al estado civil de las personas, la declaración de interdicción, causas sobre maltrato de niños, niñas y adolescentes y los procedimientos sobre adopción. .

- **Materias de mediación facultativa.**

Todas las demás materias de competencia de los Tribunales de Familia que no clasifican como mediación obligatoria ni como mediación prohibida, son de mediación facultativa. Es decir, al interponerse la demanda respecto de algunas de estas materias, el juez ordenará a un funcionario especialmente calificado para ello, para que instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a la mediación. También pudiera ocurrir, que ambas partes soliciten la mediación a acepten la propuesta del juez de concurrir a ella, durante el curso de la causa y hasta el quinto día anterior a la audiencia de juicio. (Artículo 107 ley N°19.968)

- **Materias a las que dé lugar la aplicación de la ley N°20.066.**

En una categoría intermedia a la de mediación facultativa, obligatoria y prohibida, quedan situados los asuntos a que dé lugar la ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. La regla general es que, en casos donde ha habido violencia intrafamiliar, no sea posible mediar. Pero, excepcionalmente se han reconocido ciertas hipótesis en las que sería posible llevar a cabo el proceso de mediación. En estos casos, no es obligatorio para el juez de familia someter a mediación, pero podrá hacerlo bajo ciertos

requisitos, esto es, en el contexto de la aplicación de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. El juez deberá ser asesorado por el Consejo Técnico, y deberá cerciorarse de que las partes están dispuestas a participar en un proceso de esta naturaleza y de que existe algún grado de reconocimiento de la situación por parte del ofensor.

Deberá tener en cuenta la capacidad de las partes en conflicto para negociar libremente y en un plano de igualdad, como asimismo, el peligro potencial de violencia futura. Deberá existir, a lo menos una audiencia privada con cada una de las partes al inicio de la mediación, con el objeto de que ellas puedan expresarse libremente y la víctima de la violencia deberá contar siempre con asesoramiento letrado. Tanto la vía de la conciliación, como la de la mediación, quedan absolutamente descartadas cuando el demandado o denunciado ha cometido antes actos de violencia intrafamiliar o cuando el denunciante o demandante se opone a ellas.

II.VI El proceso de mediación.

- **Momento en que se puede acceder a la mediación y forma de nombrar al mediador.**

Hay que distinguir:

1. Materias de mediación obligatoria
2. Materias de mediación facultativa.

En el primer caso, presentada la demanda recaída en cualquiera de las materias que de acuerdo al art.106 de la ley N°19.968 son de mediación obligatoria, ella le será asignada a uno de los jueces de familia y se mantendrá en suspenso mientras se lleva a efecto la derivación al mediador. Las partes de común acuerdo, comunicarán al tribunal el nombre del mediador que elijan de entre los mediadores

pertenecientes al Registro de Mediadores. A falta de acuerdo en la persona del mediador, o si las partes deciden que esa nominación la realice el juez, la designación del mediador procederá por resolución del magistrado. Estas actuaciones podrán llevarse a cabo por las partes ante cualquier tribunal de familia, y no se requiere patrocinio de abogado.

En el caso de las materias relativas a mediación voluntaria, al interponerse la demanda respecto de algunas de estas materias, el juez ordenará a un funcionario especialmente calificado para ello, para que instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a la mediación. También pudiera ocurrir, que ambas partes soliciten la mediación o acepten la propuesta del juez de concurrir a ella, durante el curso de la causa y hasta el quinto día anterior a la audiencia de juicio. En este caso, las partes deberán designar al mediador de común acuerdo, y de no ser ello posible, el juez procederá a designarlo. (Artículo 107 ley N°19.968)

- **Inicio del proceso de mediación.**

Antes de adentrarnos en el proceso, debemos señalar que existe una etapa que podríamos llamar de pre-mediación, conformada principalmente por las actividades explicativas y descriptivas acerca del proceso de mediación familiar por parte de los Tribunales de Familia, sus ventajas, duración, acuerdo, etc. Esta actividad es clave para el ingreso al proceso de mediación, y su principal objetivo es generar una nueva posibilidad de resolución de conflictos, para aquellas materias que son de mediación voluntaria.

El proceso de mediación propiamente tal, comienza con la citación a la sesión inicial de mediación por parte del mediador. Éste fijará una sesión inicial de mediación. A ésta se citará, conjunta o separadamente, a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados.

La primera sesión comenzará con la información a los participantes acerca de la naturaleza y objetivos de la mediación, los principios que la informan y el valor jurídico de los acuerdos a que puedan llegar. (Artículo 108 de la ley 19.968)

- **Duración del proceso de mediación.**

El proceso de mediación no podrá durar más de sesenta días, contados desde que se comunica al mediador su designación por parte del tribunal de familia. Con todo, los participantes, de común acuerdo, podrán solicitar la ampliación de este plazo hasta por sesenta días más.

Durante ese plazo, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen. Podrá citarse a los participantes por separado. (Artículo 110, ley N°19.968)

- **Acta de mediación.**

Es aquél documento que contiene los acuerdos alcanzados durante el proceso de mediación. El acta deberá ser firmada por ambas partes y el mediador, para luego ser presentada por éste último al Tribunal de Familia respectivo, para su posterior aprobación. La ley establece que, una vez aprobada por el juez, el acta tendrá valor de sentencia ejecutoriada. (Art. 111, ley N°19.968)

Si la mediación se frustrare también se levantará un acta en la que se dejará constancia del término de la mediación, sin agregar otros antecedentes. En lo posible, dicha acta será firmada por los participantes, se entregará copia de ella a aquél de ellos que la solicite y se remitirá al tribunal correspondiente, con lo cual terminará la suspensión del procedimiento judicial o en su caso, el demandante quedará habilitado para iniciarlo.

Es importante señalar que los acuerdos de mediación no tienen efectos jurídicos en sí mismos, sino que su exigibilidad por medios judiciales es otorgada una vez que se homologa el documento, esto en el caso de la mediación familiar, ocurre cuando son aprobados por el tribunal de familia correspondiente. Esto quiere decir que su cumplimiento, podrá ser exigido judicialmente por cualquiera de las partes que concurrieron a su formulación. (Art. 111, ley N°19.968)

- **Motivos por los que se considera frustrada una mediación.**

Las causales de frustración están establecidas en el art. 111 de la ley N°19.968 y son las siguientes:

- a) Si alguno de los participantes, citado por dos veces, no concurriere a la sesión inicial, ni justificare causa;
- b) Si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación; y
- c) En general, en cualquier momento en que el mediador adquiriera la convicción de que no se alcanzará acuerdos (en base a alguno(s) de los principios de la mediación).

Además de lo señalado, la ley contempla una regla especial para los casos de derecho de alimentos (art. 109 ley n°19.968). Ésta consiste en que si el requerido, citado por una sola vez, no acude a la primera sesión de mediación y no justifica su ausencia, el requirente quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial. Si se presentara alguna de las 4 hipótesis señaladas, el mediador procederá a emitir un acta de mediación frustrada, documento que habilita al demandante para iniciar un juicio.

- **El mediador.**

La mediación establecida en la ley N°19.968 sólo podrá ser conducida por las personas inscritas en el Registro de Mediadores que mantendrá, permanentemente

actualizado, el Ministerio de Justicia. Para inscribirse en el Registro de Mediadores se requiere poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en dichas materias, y no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal, ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar.

Además el mediador, debe disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en la comuna de asiento del tribunal. (Art. 110 Ley N 19.968)

- **Costo de la mediación.**

Hay que distinguir entre las materias de mediación obligatoria y las otras materias.

En el primer caso, los servicios de mediación serán gratuitos para las partes. Excepcionalmente, podrá cobrarse por el servicio, total o parcialmente, cuando se preste a usuarios que dispongan de recursos para financiarlo privadamente.

Para las restantes materias, los servicios de mediación serán de costo de las partes y tendrán como valores máximos los que contemple el arancel que anualmente se determinará mediante decreto del Ministerio de Justicia. Con todo, quienes cuenten con privilegio de pobreza o sean patrocinados por las corporaciones de asistencia judicial o alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica gratuita, tendrán derecho a recibir el servicio gratuitamente.

Luego de haber señalado las características, principios y requisitos del proceso de mediación y especialmente de la mediación familiar, procederemos a revisar como en distintos ordenamientos jurídicos del mundo esta institución ha sido recogida como la más satisfactoria para la resolución de los conflictos familia.

CAPITULO III: LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

El derecho ha sido reconocido no sólo como reflejo de las fuerzas prevaletientes de una sociedad, sino también como instrumento potencial de cambio y desarrollo progresivo. Teniendo en cuenta aquello, muchos ordenamientos jurídicos han realizado reformas judiciales que permitan la modernización de su sistema legal, con el fin de implementar una nueva cultura entre las personas, cimentada sobre los principios de las soluciones autocompositivas de los conflictos, entre ellas, la mediación. A continuación haremos un breve análisis de la regulación de este método de resolución no confrontacional de conflictos en otros Estados.

III.I La mediación en Argentina.

La Ley N°24573 del año 1995 estableció la mediación previa a todo juicio con carácter obligatoria dentro del juicio familiar. En el artículo 2º de dicha ley se señalan los supuestos que no quedan comprendidos bajo la obligatoriedad, encontrándose entre ellos, los juicios que versen sobre materia penal; las causas civiles relativas a separación judicial, nulidad de matrimonio, divorcio, filiación y patria potestad, con excepción de los efectos patrimoniales derivados de éstos; amparo, habeas corpus; juicios sucesorios; quiebras entre otras.

La obligatoriedad establecida en la legislación argentina ha originado un gran debate, y se la ha justificado acotando su duración a cinco años y con la pretensión de poder lograr así un cambio cultural ante la instalada "cultura del litigio". Señala Antonio de Tomasso que, "Entre las consideraciones generales más importantes, puede decirse que instituye con carácter obligatorio la mediación en forma previa a la administración de justicia. Con las excepciones que la propia ley establece,

buscándose con esta medida, disminuir el número de procesos”¹⁷. En el caso que nosotros venimos analizando se habla de instancia "pre-judicial", enfatizando que solamente se obliga a concurrir a la citación, pero la participación en la misma queda librada a la decisión de las partes, respetando de esta manera la voluntariedad. Es necesario advertir que, no es lo mismo llegar voluntariamente a la mediación que por vía de un juzgado. Esto último condiciona o puede condicionar el resultado de la mediación. Aún dentro del mismo proceso de prestación del servicio, puede advertirse su estrecha relación con el ámbito judicial: los encuentros o sesiones se citan en los acuerdos como "sesiones"; se "notifica" a las partes en muchos casos a través de la policía, se dan por fracasadas "ante la no comparecencia de una de las partes", se solicita la "homologación" al juez, etc.

El solicitante deberá pedir la mediación ante la mesa general de recepción de expedientes la cual designará al mediador y ese formulario será devuelto al solicitante quien deberá llevarlo al mediador. Este deberá fijar la fecha de la primera sesión y citar a las partes y los terceros que estime conveniente. El plazo general de duración de la mediación será de 60 días prorrogables. Si la mediación fracasa por la inasistencia de alguna de las partes a la primera sesión se establece la posibilidad de aplicar una multa a la parte inasistente.

Durante el proceso el mediador podrá reunirse con las partes las veces que estime necesarias, estas sesiones serán privadas, y pueden ser individuales o conjuntas. La mediación termina por el acuerdo entre las partes del cual se levantará un acta, o bien, si no hubiese acuerdo, se deberá levantar también un acta y desde ese momento el solicitante podrá iniciar un procedimiento judicial acompañando las constancias de la mediación. Las partes deben asistir personalmente a las sesiones y la asistencia letrada será obligatoria.

17 DE TOMASSO Antonio, "Mediación y trabajo social", Edit. Espacio, 1996, pág. 46.

En caso de que la mediación no pueda llevarse a cabo por incomparecencia de las partes a la primera audiencia, los no comparecientes deberán pagar una multa equivalente a dos veces la retribución básica que le correspondería recibir al mediador por su gestión. Si las partes comparecen personalmente podrán dar por terminado el procedimiento.

III.11 La mediación en el Estado de California, Estados Unidos.

En el estado de California, la mediación puede ser impuesta como paso previo a los procedimientos judiciales de separación y de divorcio, es una mediación imperativa y que se extiende a los temas relacionados con el cuidado personal de los hijos y el derecho de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular.

El Código de Familia de California establece que para los asuntos de disolución de vínculo matrimonial las partes asistirán a un procedimiento que tiene por objetivo hacer más expedito el proceso de divorcio, reducir los costos y propiciar un cierre rápido del caso por un acuerdo de las partes. En este mecanismo se realizará una evaluación imparcial del caso, una resolución de la disputa mediante vías alternativas al litigio, se buscará la cooperación entre las partes para resolver el conflicto.

En los artículos 1800 a 1852 del Código de Familia de California se establece un procedimiento para proteger los derechos de los niños, la preservación y protección de la vida familiar y el matrimonio, así como la implementación de medios para obtener la reconciliación entre los cónyuges y la resolución no contenciosa de conflictos familiares.

El tribunal que conoce de estos medios es el “Tribunal de conciliación familiar” (Family Conciliation Court), en este proceso, el juez no participa en la mediación sino que dirige el programa y homologa los acuerdos a que lleguen las partes. Este tribunal cuenta con una planta profesional, formada por profesionales de diversas áreas de la intervención social (psicólogos, asistentes sociales, etc). Se contempla la posibilidad de nombrar un consejero supervisor de la mediación, que podrá reunirse con las partes y formular recomendaciones al juez en base a los resultados de esas reuniones, preparar informes, presidir las audiencias y realizar actividades propias de la mediación en caso de conflictos relativos a tutela de niños y derechos de visita.

Las conferencias con el mediador y las audiencias ante el tribunal son reservadas, permitiéndose recibir a las partes por separado. Se contempla que las actas serán confidenciales y serán destruidas después de dos años.

Respecto a la competencia del tribunal de conciliación familiar se extiende a las controversias entre cónyuges cuando:

- 1.- Se discute el cuidado personal y el derecho de los padres e hijos a mantener una relación directa y regular, cualquiera sea el vínculo que une a los padres (matrimonial o no) y exista peligro de que al no haber reconciliación, la posterior ruptura entre los padres o disolución del hogar pueda perjudicar a los hijos o a una de las partes, y
- 2.- Cuando el tribunal haya constatado la existencia de violencia doméstica entre las partes.

Se contempla la posibilidad de una solicitud de intervención del tribunal antes del inicio del juicio de separación, nulidad o divorcio o relativo al cuidado personal y derecho de padres e hijos de mantener una relación directa y regular, con el objetivo de preservar el matrimonio mediante la reconciliación o bien lograr un acuerdo entre éstas para evitar un litigio.

El tribunal cita a las partes a una audiencia o serie de audiencias informales para lograr la reconciliación o un acuerdo sobre las materias involucradas en el conflicto. Para lograr estos objetivos se puede recurrir al asesoramiento de expertos.

También el proceso podrá iniciarse por derivación de otro tribunal, cuando se hubieren iniciado los procedimientos de separación o divorcio, para lograr un acuerdo sobre los asuntos involucrados en la controversia cuando hubiere hijos menores o uno de los cónyuges pudiere verse afectado por la disolución del hogar, o cuando el juez estimara que existe la posibilidad de lograr la reconciliación de los cónyuges.

La regulación realizada en este Estado, permite que en los condados en los cuales no exista un Tribunal de Conciliación Familiar, se establezca un mediador familiar que asesore a los Tribunales Superiores y cuya función será reducir las diferencias que existan entre las partes, promover un acuerdo que permita a los niños un contacto continuo con sus padres y lograr un acuerdo sobre el derecho padres e hijos de mantener una relación directa y regular, siempre teniendo en especial consideración el interés superior del menor. También se permite la derivación a mediación por el tribunal, cuando las partes no estuvieren de acuerdo sobre el cuidado personal y el derecho de padres e hijos de mantener una relación directa y regular; este procedimiento será voluntario, pero si no participa perderá su derecho a reclamar de los acuerdos obtenidos y no podrá iniciar un proceso judicial posterior sobre este particular. Este proceso también será privado y confidencial. Se establece que uno de los principios básicos de este proceso será la protección de los intereses y necesidades del niño. El mediador deberá informar al tribunal sobre los acuerdos alcanzados, el cual deberá ser ratificado ante el juez o mediante declaración escrita y formal. Si no hubiese acuerdo el mediador presentará al Tribunal una recomendación respecto a la custodia y visitas del niño y también podrá recomendar otros servicios de consejería alternativos tendientes a evitar el litigio. Esta consejería podrá ser impuesta por el tribunal y su objetivo es facilitar la comunicación entre las partes, reducir el conflicto y mejorar las habilidades paternas.

III.III La mediación en la Unión Europea.

Durante el año 1998 el Comité de Ministros de la Unión Europea formuló una recomendación que fue aprobada por el Consejo de Ministros. Esta recomendación define la mediación como, “un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes”. En esta recomendación se reconocen las características principales de los conflictos familiares como son:

- 1.- Implican a personas que mantienen relaciones de carácter interdependiente que permanecerán en el tiempo;
- 2.- Que la separación y divorcio son situaciones que afectan a todos los miembros de la familia, especialmente a los niños y;
- 3.- Que surgen en un contexto emocional difícil que los agrava.

Dentro de esta exposición, se señalan los beneficios de la mediación y que son:

- 1.- Tiende a mejorar la comunicación entre los miembros de la familia;
- 2.- Reduce los conflictos entre las partes;
- 3.- Propicia la obtención de acuerdos amistosos;
- 4.- Asegura la continuidad de los vínculos y relaciones personales entre padres e hijos;
- 5.- Reduce los costos económicos y sociales derivados de una ruptura de una relación, y;
- 6.- Disminuye el tiempo que se requiere para solucionar los conflictos.

Respecto del ámbito de aplicación, se señala que se aplica a los conflictos que se producen al interior de la familia, entendiendo por ésta aquella que se encuentra unida por vínculos consanguíneos o de matrimonio y, en segundo lugar, se aplicará también a aquellas personas que tienen o han tenido relaciones familiares semejantes a las determinadas por la legislación nacional de cada pa

Respecto de los principios de la mediación se señalan los siguientes:

1.- Se establece por la recomendación que la institución de la mediación no debe ser obligatoria, y los Estados miembros la pueden establecer, ya sea por el sector público o bien por el sector privado.

Los Estados deberán establecer mecanismos de control tanto de la selección, formación y calidades de los mediadores. Por tanto, la voluntariedad es uno de los principios fundamentales de esta institución y su eficacia queda entregada a la voluntad de las partes que decidirán sobre la conveniencia de acudir a un proceso de mediación y de contraer o no un acuerdo que resuelva el conflicto.

2.- El mediador es imparcial respecto de las partes.

3.- Es neutral en relación al resultado de la mediación.

4.- El mediador respeta los puntos de vista de las partes.

5.- No tiene poder para imponer una solución a las partes.

6.- La mediación debe proteger la vida privada de las partes.

7.- La confidencialidad de las opiniones vertidas durante el proceso, que no podrán ser utilizadas en un juicio posterior si no se llegara a un acuerdo durante la mediación.

8.- Debe tener en especial consideración el respeto del principio del interés superior del niño y debe instar por el mayor bienestar de éste.

9.- El mediador debe prestar atención especial a si entre las partes ha existido violencia o podría existirla en el futuro y determinar, si bajo esos supuestos de violencia, el proceso de mediación es adecuado o no.

En la recomendación se llama a los Estados a facilitar la mediación y que los acuerdos logrados en ella sean ratificados por la autoridad competente y establecer los mecanismos adecuados para la ejecución de dichos acuerdos.

Se señala que la mediación es autónoma y puede tener lugar antes de iniciarse un proceso judicial, durante la tramitación de éste, e incluso después de que hubiere recaído una sentencia firme en ese juicio de separación o divorcio. Se reconoce de esa forma la independencia de esta institución respecto de un proceso judicial y que

esta institución puede ser más efectiva antes de la intervención judicial, e incluso se reconoce a las partes la posibilidad de revisar lo establecido por el juez y que las partes puedan modificar ese fallo, cuando consideren que no ha sido adecuado para la resolución del conflicto y que en el futuro puede generar nuevos conflictos al no considerar todos los factores envueltos especialmente aquellos de orden emocional y psicológico.

III.IV La mediación en España.

En España, no existe una ley base de mediación familiar. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas, han elaborado su propia ley en la materia. En efecto, el Estado español, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de las Comunidades Autónomas, tres de las cuales han publicado sus correspondientes leyes de Mediación Familiar (Cataluña, Galicia y la Comunidad Valenciana), así como la iniciativa privada a través de múltiples organizaciones, se han sumado a este nuevo movimiento de la mediación familiar, promoviendo y favoreciendo su implantación en el tejido social. Dichos cuerpos normativos son:

- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña.
- LEY 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- LEY 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia.

El antecedente legislativo en que se han basado, lo constituye la reforma del Código Civil a través de la ley 30/1981, de 7 de julio, de ese mismo año, que introdujo las causas y procedimientos de nulidad, separación y divorcio, al facultar a la pareja en crisis matrimonial para pactar los principales efectos personales y patrimoniales

derivados de la ruptura convivencial. Se han apoyado, además, en la Recomendación Nº R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación Familiar.

Según el Doctor en Sociología, Profesor Titular de la Universidad de Las Palmas, Fermín Romero Navarro, la mediación familiar es “un método que construye puentes entre partes en conflicto, generando capacidad de consenso. Proporciona a la familia un espacio en el que puedan tener cabida todos aquellos temas sobre los que sus miembros deben tomar decisiones, tengan o no tengan relevancia legal, integrando de forma armoniosa tales decisiones y las emociones asociadas a éstas¹⁸”.

Cataluña es pionera en España en la regulación de figuras y situaciones relacionadas con el ámbito familiar. El Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), en su artículo 79.2 establece que, a falta de convenio regulador, “si dadas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que los aspectos indicados en su artículo 76 (guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, pensión alimenticia) aún pueden ser resueltos mediante acuerdo, puede remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador a la que en su caso se aplique lo dispuesto en el artículo 78”.

El caso español, la normativa está adecuándose continuamente a la realidad de las recomendaciones de la Comunidad Europea.

¹⁸ ROMERO NAVARRO, Fermín. “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres: el papel del mediador” En Revista Del Ministerio De Trabajo y Asuntos Sociales. Año 2002. Pág. 32.

III.V Conclusión respecto de la mediación en el Derecho Comparado.

Del breve estudio que se ha realizado de la mediación en otros países, se puede concluir que es una institución que en las últimas décadas ha adquirido mayor relevancia para resolver conflictos, especialmente en el ámbito familiar. Se reconoce en el Derecho Comparado, que esta institución tiende a disminuir el conflicto existente entre las partes, propendiendo a que estas mismas resuelvan sus conflictos con la interacción de un tercero que no resuelve el conflicto, ni tiene poder para imponer una solución, sino que su labor es acercar a las partes para que estas resuelvan el conflicto.

Se puede apreciar que en las diferentes regulaciones de la mediación, existe concordancia en los principios que la inspiran, como son la imparcialidad del mediador, la protección de los menores, la voluntariedad del acuerdo que resuelva el conflicto, la reserva que deben mantener tanto el mediador como las partes sobre todos los hechos discutidos durante las sesiones de la mediación. También se reconoce que la labor del mediador nunca será resolver el conflicto, sino que su labor consiste en lograr un acercamiento entre las partes para que estas resuelvan sus conflictos en base al diálogo y respeto mutuo.

Tal vez la única característica, en cuanto a principios, en que existe alguna diferencia consiste en que algunos países establecen la obligatoriedad de la mediación, en el sentido de que deben concurrir a la primera sesión, pero manteniendo incólume el derecho de las partes de retirarse de la mediación y estableciendo siempre que el acuerdo deberá ser voluntariamente alcanzado por las partes.

Respecto de la obligatoriedad del proceso de mediación, en nuestro país tal como se estudiará a continuación, el legislador en la Ley N°19.968 publicada el 30 de agosto de 2004, estableció el proceso de mediación como facultativo en todas las

materias en que es procedente dentro de un proceso ya iniciado, lo que llevó en la práctica a no ser considerada por los actores, como una posibilidad real de solución a los conflictos familiares. Por ello, y a pocos meses de funcionamiento del nuevo sistema, el legislador encontró indispensable, establecer tres materias –derecho de alimentos entre padres e hijos, cuidado personal y relación directa y regular – que necesariamente deben ser iniciadas por un proceso de mediación previo a la tramitación judicial de la demanda, lo que quedó plasmado en las modificaciones que implementó la Ley N°20.286.

CAPITULO IV: HISTORIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR A NUESTRA LEGISLACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

IV.I Generalidades sobre la implementación de la mediación como medio de resolución de conflictos familiares.

La ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, fue una de los dos textos que consagraron por primera vez en nuestra legislación, a la mediación como un sistema de resolución de conflictos participativo, en que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a encontrar por sí mismas una solución a su conflicto, esta alternativa se establecía dentro del procedimiento de divorcio, quedando este trámite entregado a la voluntad de las partes o a la discrecionalidad del juez. Sin embargo, dichos artículos fueron luego suprimidos por la Ley N°20.286, por lo complejo y poco claro de estos artículos referente al proceso de mediación, la cual estableció una nueva forma de iniciar el proceso de mediación en determinadas materias denominadas de mediación obligatoria.

La ley de Tribunales de Familia y en su momento la ley de Matrimonio Civil, consagraban las vías alternativas para la resolución del conflicto, constituyéndose en una característica de los nuevos procesos judiciales en materia de familia. Se puede señalar que, "...una de las orientaciones para el Juez de Familia tanto en su proceder como en la resolución misma de los conflictos, consiste en buscar alternativas tendientes a mitigar la confrontación entre las partes, porque la especial naturaleza del conflicto familiar y sus repercusiones en cada uno de los miembros de la familia, como en su conjunto, aconsejan atacar los problemas en su fase más temprana, de tal modo

de minimizar sus consecuencias”¹⁹.

No obstante lo anterior, desde la entrada en vigencia de los Tribunales de Familia, la mediación que se erguía como una gran promesa en dichos tribunales, se ha visto disminuida en importancia, en primer lugar por el colapso de los tribunales al momento de su instalación, y posteriormente, por el bajo número de causas ingresadas al sistema de mediación, lo que llevó al legislador a pocos meses de andar la reforma procesal de familia, a promover la modificación de la legislación, lo cual quedó plasmado en la ley N°20.286 de septiembre de 2008.

IV. II Breve historia de la ley N°19.968, que creó los Tribunales de Familia.

El 30 de agosto del año 2004, se publica la ley N°19.968 que crea una judicatura especializada en asuntos de familia. Esta ley contempla dentro de sus principales novedades, el ser un procedimiento oral, en donde predomina la inmediatez respecto del juez, y la consagración de sistemas no confrontacionales de resolución de conflictos familiares, como es la mediación.

Ya desde el año 1993, la Comisión Nacional de la Familia de nuestro Congreso Nacional, abogaba por la creación de Tribunales de Familia, sin embargo, debieron pasar cinco años para que recién el 11 de noviembre de 1997, fuera presentado por el Ejecutivo el proyecto de ley que los creaba.

El proyecto de ley que buscaba crear los Tribunales de Familia, en su Mensaje N° 81-336, el Presidente de la República Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle señalaba que, “Una de las características de nuestro proceso de desarrollo y de nuestra evolución histórica, es la asimetría que es posible advertir entre, por una parte, el conjunto de transformaciones sociales y políticas que nuestro país ha experimentado en las últimas

19 TURNER SAELZER Susan, “Los tribunales de familia”, Lex et praxis, Versión on line, 2002, vol. 8, pág. 413.

décadas y, por la otra, el estado de sus instituciones jurisdiccionales. Éstas, como es sabido, no han acomodado su diseño institucional a los desafíos que plantea una sociedad cada vez más diversa y más compleja. Esa asimetría no sólo se manifiesta en la incapacidad estructural de nuestro sistema de administración de justicia para hacer frente al crecimiento del litigio que, desde hace ya un par de décadas, experimenta nuestro país, sino que se manifiesta también en la falta de correspondencia que es posible constatar entre los procedimientos previstos para producir decisiones jurisdiccionales y la extrema diversidad de los conflictos que comparecen ante la judicatura reclamando solución”.

En esta exposición de motivos, se reconoce la incapacidad de los tribunales civiles de jurisdicción general, de dar una solución satisfactoria a los conflictos de familia, no solo desde un punto de vista cuantitativo, lo que retrasa la resolución de los conflictos, sino que especialmente desde un punto de vista cualitativo en cuanto los procedimientos existentes son incapaces de brindar una respuesta adecuada a los conflictos que las partes someten a sus decisión, ante lo cual se concluye que, “El desafío, en consecuencia, no sólo es aumentar la capacidad del sistema para resolver conflictos; es necesario, todavía, ocuparse del modo en que el sistema los resuelve, para que las decisiones que emita sean socialmente adecuadas y percibidas como legítimas.”

Se señala además que el objetivo de este proyecto de ley, es dotar al sistema jurisdiccional de un conjunto de órganos y procedimientos adecuados para hacer frente al conflicto de naturaleza familiar, y que esa respuesta sea socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflicto.

En el mensaje del proyecto de Ley N°19.968, se señalan 4 objetivos de esta reforma y que son:

1.- En primer lugar, el proyecto de ley tiene por finalidad establecer procedimientos que favorezcan la intermediación entre los intervinientes y los jueces, instituyendo, en consonancia con el Derecho Comparado, un procedimiento que

privilegie la oralidad por sobre la escrituración. Ello favorecerá la publicidad y la imparcialidad del juicio jurisdiccional contribuyendo, así, a aumentar su legitimidad.

2.-En segundo lugar, se trata de acrecentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos. Es indudable, como lo señala el proyecto que el contencioso familiar es de aquellos conflictos que afectan a sectores de menores recursos y que se vincula directamente con su bienestar cotidiano.

3.- En tercer lugar, se trata de instituir un órgano jurisdiccional que, en el futuro inmediato, y como lo reclaman múltiples instrumentos internacionales, pueda hacerse cargo del conocimiento de las infracciones juveniles a la ley penal, en conformidad a un procedimiento que satisfaga las garantías del debido proceso.

4.- En cuarto lugar, el proyecto tiene por objeto instituir un procedimiento que confiera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar.

En efecto, como es sabido, el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, en el cual sean las partes las actoras y promotoras de la solución del conflicto y de esa forma lograr el respeto mutuo entre las partes, y así esas soluciones se presenten como instrumentos que acrecienten el bienestar de todas las partes involucradas en el conflicto.

Con dicho fin, el proyecto instituye la mediación familiar. La mediación, al aumentar los niveles de información disponibles y los canales de comunicación entre las partes, fomenta las soluciones autocompositivas. Se reconoce en el mensaje que la forma clásica de resolución de conflictos, por medios adversariales, es ineficaz en los temas de familia, por cuanto al resolver el conflicto otorga beneficios a una de las partes y la otra sufre el perjuicio, lo cual en el futuro implicará que esa parte afectada decida recurrir a los tribunales para subsanar ese perjuicio, lo que implica un excesivo congestionamiento del sistema judicial.

De esta forma, uno de los objetivos básicos de este proyecto, fue otorgar a las partes, instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas, privilegiando

fuertemente las vías no controversiales de resolución de conflictos -tanto la mediación como la conciliación- apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar.

En el Título 3° del Proyecto se contemplaba la mediación conjuntamente con otras materias, como son la regulación del procedimiento ordinario y las medidas cautelares. Se señalaba que "...por primera vez en nuestra historia, se define y consagra normativamente la mediación como un sistema de resolución de conflictos no adversarial, en que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a encontrar por sí mismas una solución a su conflicto."

La mediación, por tanto, se entendía como una forma de resolución de conflictos en el ámbito familiar que permitiría lograr soluciones, que además de comprometer personal y espontáneamente a las partes, tendería a sentar las bases de una relación pacífica para el futuro.

El párrafo quinto del Título III del proyecto de ley establecía que ciertas materias se someterían a un procedimiento previo y obligatorio de mediación. Así el artículo 59 señalaba: "Las causas relativas a alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal, deberán someterse a un procedimiento de mediación previa, el que se regirá por las normas de esta ley y por las de la ley que regule el sistema nacional de mediación." Esta norma no fue aprobada por nuestro Congreso Nacional y por ende, no se incorporó en el texto definitivo de la ley que creó los Tribunales de Familia y que fue publicada el día 30 de agosto de 2004, lo cual posteriormente, tuvo que ser modificado por el legislador a través de la Ley N°20.286.

Las restantes materias, no excluidas legalmente, podrían ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa, hasta antes de la audiencia complementaria, mediante la resolución que pronunciará el juez, oyendo a las partes.

En una categoría intermedia a la de mediación facultativa, obligatoria y prohibida, quedaban situados los asuntos referidos a violencia intrafamiliar pues no siendo obligatorio para el Juez someterlos a mediación, podría hacerlo bajo ciertos requisitos.

Sólo quedaban por principio, excluidos del proceso de mediación, los asuntos relativos a hechos delictivos cometidos por menores de edad, maltrato de menores e incapaces, adopciones, acciones de estado civil, interdicción, nulidad de matrimonio y divorcio.

El proyecto, recogía los principios fundamentales que rigen el proceso de mediación, tales como, la igualdad de las partes, confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad del mediador y las normas de procedimiento aplicables cuando una causa es derivada a mediación.

Dentro de los principios, se señalaba que las partes se encuentran en un plano de igualdad entre ellas y también respecto del mediador. Es decir, este último no puede imponer soluciones a las partes. De esta manera se lograba que, a diferencia del proceso judicial, las soluciones provengan de las partes mismas y no del tercero, lo cual aumentaría significativamente los índices de cumplimiento voluntario de los acuerdos y el grado de satisfacción de las partes por los mismos.

Además se señalaba que las partes son "dueñas" de la mediación, en el sentido que de ellas solamente dependerá el destino de la misma. Basta que cualquiera de ellas manifestara su intención de no seguir adelante con la mediación, para que ésta se diera por terminada. Por consiguiente, aún en las materias de mediación obligatoria, las partes son libres para abandonar esta instancia. En ese sentido atendería contra la naturaleza de la mediación que el juez o el mediador pudiese obligar a los intervinientes a seguir en el proceso no adversarial.

El proyecto contemplaba también, la confidencialidad del proceso de mediación y señalaba que, "Los mediadores deberán guardar reserva de todo lo escuchado o

visto durante el proceso de mediación. También estarán protegidos por el secreto profesional, y no podrán ser llamados a declarar en juicio en favor o en contra de ninguna de las partes, ni sobre lo visto u oído en las mediaciones en que hubieren intervenido. Sin embargo, quedarán exentos del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tomen conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato en contra de menores de edad o incapaces.”

Por último, el proyecto también consagraba la neutralidad e imparcialidad del mediador y señalaba que si “su imparcialidad se viere amenazada por cualquier causa, deberá rechazar el caso, justificándose ante el tribunal que corresponda. Las partes involucradas podrán también, solicitar al tribunal la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida.”

IV.III La mediación en la ley N°19.968, publicada el 30 de agosto de 2004 en su texto original.

Uno de los objetivos que tuvo en cuenta el legislador para la creación de los Tribunales de Familia a través de la ley N°19.968, fue proporcionar a las partes afectadas por un conflicto familiar, instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas, pacíficas y consensuadas, es por esto que integra para su resolución el proceso de mediación. Con esto, nuestro ordenamiento, reconoce la especial trascendencia y complejidad de los conflictos en el ámbito de familia, para lo cual se pretende el establecimiento de este medio de resolución de conflictos, que al tener un carácter no adversarial y participativo, servirá de mejor forma para su resolución, al tener en cuenta la opinión de los intervinientes, y evitar que el conflicto se prolongue en el tiempo, en espera de una resolución por parte de un juez, con el evidente desgaste emocional y violencia en el seno de la familia.

La Ley N°19.968 que incorporaba a la mediación familiar como forma de resolver los conflictos de familia, en su artículo 103 original la definió señalando que, “se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

Esta definición coincide en líneas generales con las definiciones que se han señalado en capítulos anteriores, y destaca acertadamente que el rol del mediador es el de cooperar a que las partes en conflicto sean las que logren un acuerdo que le ponga fin a éste. Destaca además, que el mediador no tiene poder decisorio, es decir, que no puede imponer una solución a las partes, labor que solo corresponde a los tribunales de justicia por medio del ejercicio de la jurisdicción.

La definición legal de mediación, no contiene ninguna mención sobre el hecho de ser un mecanismo no adversarial de resolución de conflictos, no obstante, esta característica puede extraerse de la parte en que señala que el acuerdo es alcanzado por las propias partes al decir que el mediador “ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución....”

No se señala en la definición legal de mediación, que el acuerdo a que lleguen las partes una vez aprobado por el Tribunal de Familia correspondiente, será obligatorio para éstas. Lo cual sí se establece en el artículo 109 que señala que el acta de mediación que se remita al juez tendrá “valor de sentencia ejecutoriada” una vez aprobada por éste, pero siendo esta una característica tan fundamental en la mediación, debió ser considerada en la definición de la ley N°19.968.

La ley N°19.968, tal como fue publicada en agosto de 2004, recoge los principios de la mediación, los que durante todo el proceso de ésta, deberán ser cumplidos por las partes y por el mediador, siendo estos: la igualdad entre los intervinientes, voluntariedad, confidencialidad, informalidad, interés superior del niño,

niña y adolescente.

- Ámbito de aplicación de la mediación y especialmente en relación con la violencia intrafamiliar en la ley N°19.968, en su texto original.

Señala la ley N°19.968, que todas las materias de competencia de los juzgados de familia se pueden someter a mediación, con excepción de algunas expresamente excluidas en el inciso final del artículo 104 que señala, “Sin embargo, no se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y los procedimientos regulados en la ley N°19.620, sobre Adopción.”

En el proyecto de ley enviado por el ejecutivo, los asuntos referidos a violencia intrafamiliar quedaban sometidos a una mediación facultativa, pues no siendo obligatorio para el Juez someterlos a mediación, podría hacerlo bajo ciertos requisitos y así fue recogido por la Ley de Tribunales de Familia. El inciso 2° del artículo 104 establece la posibilidad de la mediación en los asuntos de violencia intrafamiliar, señalando “En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la Ley N°19.325, sobre Violencia Intrafamiliar (vigente hasta ese momento), la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente ley”, esto es, en el contexto de la aplicación de la Suspensión Condicional de la dictación de la sentencia.

Requisitos para la aplicación de la mediación en asuntos de violencia intrafamiliar.

La mediación para los asuntos derivados de la aplicación de la ley de Violencia Intrafamiliar, se encuentra bastante restringida, pues el Juez de Familia sólo podrá someter el asunto a esta forma de solución colaborativa, en caso que:

- El denunciado o demandado reconozca ante el tribunal los hechos que motivan la

denuncia.

- Existan antecedentes que permitan creer que el agresor no volverá a hacerlo.
- Se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima.
- El juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del Consejo Técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

En nuestra opinión, a través de estos criterios normativos para la procedencia de la mediación en asuntos de violencia intrafamiliar, se pretendió dominar los aspectos propios de este tipo de conflictos, entregando al Juez una misión imposible, consistente en solucionar el conflicto aplicando herramientas equivocadas. La mediación, aún con los resguardos legales adoptados, se desnaturaliza al ser aplicada a este tipo de conflictos, porque en estas materias es claro que los involucrados en un problema de esta envergadura, no son aptos para someterse a mediación, no pudiéndose cumplir con los presupuestos básicos de esta vía alternativa de resolución de conflictos. Es claro que no existirá la participación voluntaria y en un plano de igualdad de las partes, que es uno de los requisitos que la doctrina establece para la mediación. La indefensión psicológica, la dependencia emocional y normalmente económica de la víctima con respecto al agresor, hacen irreal cualquier tentativa del mediador para alcanzar la igualdad entre los intervinientes. Se suele hablar de la “cultura del maltrato” para referirse a la violencia intrafamiliar, concepto que clarifica que el fenómeno de la violencia doméstica tiene numerosos componentes relacionados y con una dinámica propia.

En este escenario, ¿es posible exigir del mediador la imparcialidad frente a las partes que esta técnica demanda?. La ley impone al mediador la obligación de equilibrar las posiciones de las partes y asegurarse que estas “estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.” (Art 104). En esta labor de

compensar las posiciones entre los intervinientes, es claro que el juez y también el mediador tendrán una posición que tenderá a favorecer a la víctima por sobre el agresor, lo que constituye una contradicción con uno de los principios inherentes a la mediación que consiste en la imparcialidad que el mediador debe tener tanto en relación al conflicto como con las partes. Difícilmente el mediador podrá ayudar a las partes a buscar una solución, cuando ya ha debido emitir algún juicio sobre el conflicto y “favorecer” a una de las partes al intentar equilibrar sus posiciones.

Por otro lado, y bajo el imperativo de la imparcialidad, no podrá reprocharle su conducta al agresor contribuyendo a la convicción de éste sobre la licitud de su violencia.

Si conoce de maltratos graves, constitutivos de delitos, no podría hacer la denuncia respectiva, a menos que las víctimas sean menores o incapaces, por cuanto la reserva del procedimiento se lo impediría.

En definitiva, pareciera que la mediación en estos casos dejaría en una situación aún más peligrosa a la víctima, generalmente la mujer, ya que el procedimiento al que se encontraría sometida no contempla los resguardos a sus garantías de seguridad, de igualdad ante la ley, de un recurso efectivo ante los Tribunales competentes, etc. Y ello no porque el procedimiento de mediación sea en sí deficitario en estos aspectos, sino porque no está pensado para asuntos de las características de la violencia intrafamiliar.

Nos parece inadecuado que finalmente la ley N°19.968 haya contemplado asuntos derivados de la aplicación de la ley de Violencia Intrafamiliar como susceptibles de mediación, pues en estos conflictos no existe igualdad entre los participantes, por cuanto generalmente, la víctima de la violencia no se encuentra en las condiciones para participar en igualdad con su contraparte y su voluntad difícilmente será prestada libremente, sino que generalmente llegará a algún acuerdo bajo cierta presión del victimario.

- Voluntariedad de las partes para iniciar el proceso de mediación en la ley N°19.968, en su texto original.

La Ley N°19.968, tal como fue publicada el 30 de agosto de 2004, establecía la voluntariedad de la mediación en todas las materias en que es procedente según la ley, dentro de un proceso ya iniciado. En el caso de que se presente una demanda ante los Tribunales de Familia, se establecía que se debe comunicar al actor la posibilidad de acudir a la mediación y, si éste acepta, se debe notificar al demandado para que exprese su voluntad para recurrir a este sistema. Estimamos que en este punto, la ley N°19.968, debió haber seguido lo propuesto por el ejecutivo de que ciertas materias se someterían a un procedimiento previo y obligatorio de mediación, pues en la práctica desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de familia, la mediación no fue considerada por los usuarios, como una real solución a sus disputas. Ello, en gran parte por desconocimiento de las reales ventajas de este método no confrontacional, pero también porque en definitiva se exigía la existencia de una demanda judicial para acceder al sistema de mediación.

Sobre el tema podemos señalar, a modo de ejemplo, que en Argentina el proceso de mediación es obligatorio, como una instancia previa al juicio. Esta obligatoriedad se refiere al hecho de asistir a dicha instancia pero la decisión de continuar con ella y de llegar a un acuerdo sigue siendo un tema que depende de la voluntad de las partes. Como argumento a favor de la obligatoriedad de que exista mediación previa, se señaló en el país vecino, que esta obligatoriedad fue establecida para permitir la difusión de esta institución entre los afectados por conflictos familiares.

IV.IV Resultados de la aplicación de la mediación como forma de resolución de conflictos de familia entre los años 2005 y 2008.

En este contexto, y teniendo presente que la mediación no se estableció en

ninguna materia de familia como obligatoria en la ley N°19.968 publicada el 30 de agosto de 2004, es necesario preguntarnos ¿fue la mediación una real solución a los problemas de familia, con posterioridad a la entrada en vigencia de los Tribunales de Familia en octubre de 2005?

Del análisis de los informes sobre mediación, que se realizaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ya comentada ley, se puede concluir que una de las grandes falencias de la mediación, era la desinformación de las personas sobre cómo funcionaba éste sistema y cuáles eran sus ventajas, lo que motivó que fuesen muy pocas las causas que llegaran a mediación en este período (menos de un 5% de las causas ingresadas a tribunales). Sin embargo, se pudo observar, que de las causas que se sometieron al proceso de mediación, los usuarios del sistema no confrontacional tuvieron una muy buena evaluación de éste, en cuanto al éxito de él y a su utilidad.

Por lo tanto, se pudo concluir que la única manera para que las personas cambiaran sus patrones culturales tan fuertemente arraigados sobre que sea un tercero el que resuelva sus conflictos judiciales, era el establecimiento de la mediación previa y obligatoria respecto de determinadas materias de familia y con ello que ellas aprendan a resolver sus conflictos en forma personal, respetando a su contraparte y teniendo un rol participativo en la solución del conflicto.

El primero de los estudios referentes se denomina, “Calidad del servicio de mediación, Informe final elaborado por la Universidad de Concepción”, licitado por el Ministerio de Justicia en el año 2006, cuyo objetivo era conocer el grado de satisfacción de la calidad en la atención, que percibieron los usuarios del Sistema Licitado de Mediación que fueron atendidos durante los meses de febrero a julio de ese año.

El estudio se realizó en las regiones Metropolitana, Séptima y Octava, considerando el universo correspondiente a todas aquellas personas que, durante los meses de febrero a julio del año 2006, fueron parte de conflicto en una o más causas

derivadas al Sistema de Mediación desde los Juzgados de Familia o Tribunales de Letras con competencia en asuntos de familia a nivel nacional.

El total de causas ingresadas al Sistema de Mediación durante el período mencionado, ascendió aproximadamente a 4.600 causas a nivel nacional y a 1.633 en las 3 regiones donde se realizó el estudio por la universidad de Concepción. La determinación del tamaño muestral se basó en el método de muestreo de proporciones, con varianza máxima, con un nivel de confianza de 95% y un error de muestreo de 4%. Con esto el tamaño muestral estimado fue de 536 casos.

En primer lugar, el consolidado del año 2006 realizado por la Universidad de Concepción, da cuenta del ingreso total de causas a mediación y compara esa cifra con el total de causas ingresadas a los Tribunales de Familia. Señala que durante el año 2006 ingresaron 11.972 casos a Mediación.

Las causas ingresadas al proceso de mediación, en relación con el total de causas ingresadas al sistema jurisdiccional dentro del período señalado, permitió establecer que la mediación tuvo una recepción poco significativa. Las causas derivadas a mediación ascendieron, como ya se señaló, a la cifra de 11.972 casos (sin distinguirse en el informe si se obtuvo un acuerdo en este procedimiento o si fracasó por no llegar las partes a un acuerdo o por inasistencia). Si esta cifra se compara con la demanda atendida por los Tribunales de Familia a esa fecha (408.435 causas), representa el 2,9% del total de causas ingresadas a Tribunales, en el mismo año. No deja de ser preocupante que del total de causas iniciadas en tribunales, solo un 2,9% haya sido derivada a mediación. En el informe realizado por la Universidad de Concepción, si bien es cierto que no se extiende a todo el año 2006 sino que abarca desde febrero a julio y solo se refiere a tres regiones del país (Región Metropolitana, séptima y octava), se exponen una serie de conclusiones sobre la apreciación del sistema y su acceso por los intervinientes. De ese estudio se pudo concluir que las personas tenían muy poco conocimiento del sistema de mediación. En la primera parte

de la encuesta se indaga sobre la forma de acceso al sistema de mediación y su derivación: al respecto se puede apreciar que la mayor parte de los usuarios no eligieron voluntariamente la mediación, más aún existe un pequeño porcentaje (8.6%) que responde que fue obligado a participar. Se confirma esta percepción cuando casi un 65% de los encuestados no tenía idea de que este sistema existiera. Tan solo un 15,6% señaló que había elegido el sistema voluntariamente. Puede concluirse que uno de los grandes problemas que tuvo la mediación en Chile en su implementación fue el gran desconocimiento de las personas sobre su existencia y con mayor razón de su utilidad y finalidades.

En este mismo informe se consultó a los usuarios sobre la información que tenían sobre la mediación, y se concluyó que solo un 5,4% estaba totalmente informado sobre este sistema de resolución de conflictos. Pero lo realmente preocupante es que un 64,5% señaló que no sabía que existía este sistema y un 15,1% sabía de su existencia pero no tenían más información sobre el mismo. Es decir, un 80% de los usuarios no tenían el conocimiento adecuado de este sistema, por lo cual difícilmente podían acceder voluntariamente a un sistema que les era desconocido casi totalmente y que implicaba un quiebre en la forma en que tradicionalmente han solucionado sus conflictos, es decir, cambiar el sistema jurisdiccional por un sistema en que son las partes las que deben llegar a un acuerdo. En este sentido, es importante consignar que en el informe consolidado del año 2006, en su parte final, se señalan las debilidades del sistema y ahí se puede encontrar como conclusión que existía por parte de los usuarios del sistema, “desconocimiento de la mediación y aspectos legales” y se señala por los mismos que existe, “poca claridad en la información al momento de ser derivados a la mediación”; “faltan referentes para pactar compensación económica”; “desconocimiento de la ley en lo referido al divorcio”; “se generan altas expectativas pecuniarias respecto a la compensación económica del divorcio y a la pensión alimenticia”; “piensan que la mediación es un trámite del juicio”; “buscan soluciones terapéuticas en la mediación”. Conviene señalar que, la mediación no puede confundirse con una terapia familiar, lo

cual se produce muy comúnmente al no estar delimitados sus campos, fundamentalmente en los temas de familia. Se ha señalado que la intervención terapéutica “tiene que ver con un proceso de tratamiento para armonizar las disfunciones en las relaciones de los integrantes del grupo familiar”, mientras que, por otro lado, la mediación tiene por objetivo que las partes lleguen a resolver un conflicto y adquieran la capacidad de decisión de sus conflictos.²⁰

Se analiza en el informe realizado por la Universidad de Concepción, la información que han recibido los usuarios por parte del tribunal sobre la mediación y se concluye que se puede observar una respuesta afirmativa que abarca entre el 57.5% y 69.9% de los encuestados, en relación a temas como: en que consiste la mediación (sus objetivos y procedimientos), sus ventajas y desventajas, las diferencias con un proceso judicial, sobre su voluntariedad, los tiempos involucrados, la validez de los acuerdos. Puede apreciarse que en este tema, la evaluación que se hace por los usuarios es bastante aceptable. Es decir, los tribunales han cumplido una gran labor en la difusión de la mediación. En el consolidado, del año 2006, en sus conclusiones se señala que los usuarios señalan que, “Cuando ha existido una promoción de la mediación desde los juzgados, hay mayor claridad en la primera sesión”; “ha ido creciendo el conocimiento previo sobre la mediación, lo que ayuda a que las partes asistan y sigan en el proceso”.

El estudio analizó también los costos del proceso de mediación para los intervinientes, y pudo apreciarse que un gran porcentaje los consideró normales o bajos, ya sea en cuanto al costo de transporte, el tiempo dedicado y la distancia entre su hogar o trabajo y la oficina del mediador.

También se analizó la evaluación en cuanto al número de sesiones que en concepto de una gran mayoría de los usuarios fue calificada de adecuada o suficiente (75% aproximadamente). En relación al número de sesiones, se puede advertir que el

²⁰DE TOMASSO ANTONIO, “Mediación y trabajo social”. Editorial Espacio, 1997, pág. 44.

88% de los procesos terminó con menos de 4 sesiones. Debe advertirse que en el informe no se señaló si terminaron por acuerdo, o en virtud de que una o ambas partes decidieron ponerle término por no llegar a una solución, o percibir que ésta es inalcanzable. Este debió ser un punto abordado por el informe encomendado a la Universidad de Concepción y que hubiese tenido una gran utilidad para la evaluación del sistema.

Otro punto analizado dice relación a la evaluación de las partes de la duración de cada sesión, según tipo de mediación por materias, y se contemplaron materias como Alimentos, Cuidado Personal, Relación Directa y Divorcio; y en las cuales se evaluó el tiempo de las sesiones con nota 6 o superior en todos esos temas.

En cuanto a la información que los usuarios recibieron por el mediador sobre la naturaleza de la mediación, los objetivos de la mediación, los procedimientos y normas y sobre los principios que inspiran este sistema como la voluntariedad, igualdad entre las partes, reserva, interés superior del niño(a) y/o adolescente se puede apreciar que gran cantidad de usuarios se encontró conforme con la información que se le brindó y, que en líneas generales, asciende en cada tema a más del 85% de aprobación.

Asimismo, la información que recibieron los usuarios sobre el valor de los acuerdos es muy bien aprobada con un 78,6% según el informe de la Universidad de Concepción.

Otra debilidad de que se da cuenta en el consolidado del año 2006 es de carácter cultural y sociológico, y consiste en la gran adhesión de los usuarios a la forma tradicional que en el país se han resuelto los conflictos. La gente espera que sea un tercero, con poder decisorio, quien resuelva el conflicto y en el cual se presenta la característica de ganar-perder, en el cual una de las partes gana el juicio y la otra lo pierde. Así se citan, en dicho informe, las siguientes opiniones: “les cuesta

asumir el rol protagónico y tomar decisiones”; “esperan que los dirijan en lo que tienen que hacer”; “actitud confrontacional”; “prejuicio de que es el tribunal quien tiene que definir”; “necesidad de que el mediador(a) de una opinión sobre el conflicto”; “machismo y cultura matriarcal”; “el Juez tiene la última palabra”.

Un punto que merece un mayor análisis, consiste en que en el consolidado del año 2006, se realizó un gráfico que establece la “relación entre los casos ingresados a mediación 2006 y los proyectados por el Sistema de Licitación”, en el cual puede apreciarse que las cifras proyectadas excedieron en forma muy notoria a los casos realmente ingresados. A nivel nacional, se proyectó un ingreso de 55.230 causas a mediación pero solo ingresaron 11.972, lo que corresponde a un 21,7%. Esta gran diferencia demostró que la mediación no tuvo la acogida que se esperaba por las autoridades y que las personas siguieron privilegiando el sistema jurisdiccional confrontacional por sobre los sistemas de autocomposición. Esto probablemente se debe al hecho de que en la mentalidad de las personas se mantuvo la creencia de que los tribunales son los más indicados para resolver las disputas, sin tomar en cuenta que esta premisa no es necesariamente concordante con los temas de familia. En la parte final del informe consolidado se señalan algunas debilidades y es pertinente señalar algunas que pueden explicar este punto y que son relativas a la promoción y derivación a mediación y se puede apreciar que, “Las personas no fueron informadas en qué consistía la mediación”; “faltaba la indicación de materias derivadas por tribunales”; “la gente requería ser informada, así lo explicitaban en la primera sesión”; “tardía era la derivación, muchas veces cercana a la primera audiencia”; “hay desinformación de los jueces respecto a la mediación”. A esto se agregan circunstancias como la actitud de las partes, de los abogados patrocinantes y de comunicación, como son “intransigencia e interrupciones mutuas”, “dificultad para escuchar al otro”; “los abogados en la sesión o en la orientación, influyen en la parte asesorada para que desista de la mediación”; “muy centrados en el pasado y no visualizan puertas hacia el futuro”; “posturas muy rígidas frente al conflicto”.

El segundo estudio señalado referente al desarrollo de la mediación en su primera etapa, se denomina “Diagnóstico al sistema licitado de mediación familiar” y fue licitado por el Ministerio de Justicia en el año 2008, adjudicándosele la empresa Ernst & Young. Nuevamente se auditaron causas mediadas en un período anterior a la modificación legal del año 2008, que introdujo la mediación previa obligatoria en la justicia de familia, siendo evaluados el proceso administrativo, los plazos de los procesos y sesiones de mediación, principios de Mediación, protagonismo de las partes y la satisfacción del usuario a través de dos instrumentos:

- 1) Revisión documental de las actas de mediación.
- 2) Aplicación de “Encuesta de Satisfacción de Usuarios del Sistema Licitado de Mediación Familiar”. Esta muestra se realizó en distintas regiones del país considerando el período comprendido entre enero 2008 a enero 2009.

En el caso del primer instrumento utilizado, se puede observar que más del 98% de los casos, los procesos de mediación se llevan a cabo dentro del plazo de sesenta días, y sólo en muy pocos casos ha sido necesario solicitar una prórroga. Efectuándose entre una y tres sesiones en el 87% de los casos, con una duración de cada sesión de entre media hora a una hora y media, lo que fue evaluado satisfactoriamente por el 83% de los encuestados.

En el caso del segundo instrumento utilizado, se realizó la encuesta de 57 preguntas a ambas partes (solicitante y solicitado) y en otras a sólo una de las partes; éste concluyó: que el 74% de las personas acudieron al Proceso de Mediación Familiar, mayormente, a través de Tribunales o a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial. En menor escala, se encuentra la derivación por recomendaciones de familiares, amigos (23%) o publicidad (2%).

Respecto de la construcción de las actas, el 97% de los encuestados señalaron haber sido atendidos por el mismo mediador durante todo el proceso,

registrándose falta de firma del acuerdo en un 2%, no especificación del Rut del solicitante o solicitado en un 12% y falta de especificación del Rut del niño o niña en un 55% de las actas.

Respecto de la percepción de los usuarios respecto de los principios estipulados en el artículo 105 de la ley N° 19.968, el 80% de los encuestados consideró que la igualdad y la imparcialidad están siempre o casi siempre presentes en el mediador.

En el caso de la voluntariedad de la mediación, de los usuarios encuestados, el 81% percibe que tuvo la libertad de participar o abandonar la mediación durante todo el proceso. Del total de los encuestados, el 73% dice haber recibido información en la primera sesión, respecto a su libertad de participar o abandonar el proceso en cualquier momento.

En lo que dice relación con el principio de confidencialidad, el 89% de los usuarios encuestados, menciona que éste fue respetado.

Para el principio de “Interés superior del niño, niña o adolescente”, el 87% de los usuarios del Sistema manifestó que el mediador consideró el interés superior del niño, niña o adolescente para la construcción del acuerdo.

En lo que dice relación con el nivel de protagonismo de las partes en la construcción de su acuerdo, 85% de los usuarios se sintieron partícipes activos de los acuerdos construidos durante el proceso de mediación familiar, en su gran mayoría (79%), que el acuerdo no les fue impuesto por el mediador, y existe un 63% de satisfacción respecto de las expectativas iniciales que tenía el usuario.

Respecto del objetivo de satisfacción del usuario frente al proceso de mediación, el 68% de los usuarios señaló que en la primera sesión, la entrega de

información por parte del mediador de los principios involucrados, ventajas, plazos y legalidad de los acuerdos alcanzados fue favorable, alcanzando la figura misma del mediador un nivel de aceptación del 75%. Luego un 56% de los encuestados, manifiesta que el acuerdo alcanzado se ha cumplido en su totalidad. Finalmente un 82% de los usuarios encuestados acudiría nuevamente al Sistema de Mediación Familiar, en caso de surgir un nuevo conflicto, en tanto un 17% se muestra reacio, y un 1% indiferente.

Concluye el referido estudio señalando las mejoras que debiesen implementarse, señalando entre ellas: seguimiento de casos para identificar el nivel de cumplimiento de los acuerdos, entrega de mayor información referente al Proceso de Mediación y mayor agilidad al inicio del proceso, acortando el tiempo que transcurre entre la solicitud de mediación y la convocatoria a la primera sesión.

- Conclusiones respecto de la puesta en marcha de la mediación familiar en Chile.

Frente a todo lo señalado respecto de las deficiencias en la puesta en marcha de la nueva legislación familiar establecida por la ley N°19.968, la realidad evidenció una serie de aspectos que impedían al sistema cumplir con los objetivos trazados por el ejecutivo en el proyecto de dicha ley, sobre todo con el ideal de justicia temprana para las familias en conflicto, por lo que el propio gobierno a través de la ley N°20.286 ha enmendado a través de herramientas contraloras las faltas encontradas en la legislación familiar, entre ellas, la posibilidad de comparecencia sin asistencia de letrados; el no establecimiento de la mediación como obligatoria en determinadas materias; y la carencia de otros filtros en la admisión de las demandas, temas que serán estudiados en extenso en el próximo capítulo de este trabajo.

IV.V Modificaciones a la ley nº19.968, implementadas por la ley Nº20.286.

- Antecedentes de la ley Nº20.286:

A diferencia de lo ocurrido con la implementación de la reforma procesal penal - en la que se optó por una aplicación gradual por regiones- en la ley Nº19.968, que creó los Tribunales de Familia, se optó por una implementación inmediata en todo el territorio de la República, lo que tuvo como consecuencia que las deficiencias que mostró en su puesta en marcha el sistema, se transformaran en una compleja realidad a nivel nacional, lo que, considerando la grave situación de congestión sufrida por los Tribunales de Familia a días de su implementación, generará en el Gobierno la idea de modificar algunos caracteres de ésta. Ya en el mes de enero del año 2006, el Ministro de Justicia que detentaba el cargo en dicha época, don Luis Bates, destacaba “la urgencia de enviar un proyecto de ley al Congreso para hacer obligatoria la mediación en las disputas legales que tengan relación con problemas familiares, para ayudar a descongestionar el trabajo en los tribunales respectivos”.²¹

Ante la evidente congestión de los Tribunales de Familia, el Presidente de la República Don Ricardo Lagos, se había referido al tema, diciendo que, “aquí estamos en presencia de una demanda insatisfecha de antes y ahora, entonces se produce el atochamiento, porque se tienen que resolver los problemas de familia de hoy y los que venían arrastrándose de dos, tres y cuatro años atrás”.²²

Es así como, el 17 de agosto de 2006, mediante mensaje presidencial la mandataria Michelle Bachelet señalaba a la Honorable Cámara de Diputados, que somete a su consideración el Proyecto de Ley Nº20.286 el cual introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley Nº19.968, que creó los Tribunales de Familia, argumentando que desde su entrada en vigencia el 1º de octubre de 2005,

²¹ Nota del Diario La Nación, 19 de enero de 2006.

²² Nota Diario La Nación, 19 de enero de 2006.

“se han evidenciado una serie de aspectos que deben ser revisados y adaptados, para cumplir con el ideal de justicia temprana, desformalizada, transparente, accesible, directa y colaborativa, que ha guiado el surgimiento de esta nueva justicia. Es por ello que los cambios que en este proyecto de ley se proponen, a sólo meses de su inicio, más que simples enmiendas al sistema, importan sanas herramientas contraloras de su original inspiración y objetivo”.²³

Anteriormente, en el mes de abril de 2006, el Ministerio de Justicia, convocó a una Comisión de Expertos en temas de familia, a fin de realizar un diagnóstico de la situación de dicha justicia y, proponer soluciones a los problemas que se detectaran. Además del trabajo de esta comisión, la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, destinó varias sesiones a analizar la situación de la justicia familiar, lo que derivó en un informe que coincidió sustancialmente con diversos aspectos de los concluidos por los expertos, así por ejemplo, fue unánime la advertencia respecto de la necesidad de las partes de contar con asistencia letrada, de generar filtros que permitiesen otorgar un acceso más expedito a la justicia, en este sentido se aborda la concentración de la audiencia y el archivo provisional; de abordar la ejecución de las sentencias, sobre todo en aquellas materias que requieren de ello continuamente atendida su propia naturaleza; de limitar el actuar de los jueces de familia, en lo que dice relación con la vida futura de los menores, a los casos en estos puedan ser sujetos de medidas de protección según las reglas generales; entre otras.

- Objetivos de la ley N°20.286:

La ley N°20.286, publicada el 15 de septiembre de 2008, introduce importantes modificaciones, tanto en el aspecto orgánico como en el procedimental, a diversos cuerpos legales: ley N°19.968, que creó los Tribunales de Familia; ley N°19.947, que estableció una nueva ley de Matrimonio Civil; Código Civil; Decreto ley N°3.346, del

²³ Historia de la Ley N° 20.286 que “Introduce Modificaciones Orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia”, septiembre de 2008, pág. 6.

año 1980, ley Orgánica del Ministerio de Justicia; Código Orgánico de Tribunales, entre otros, todos los cuales pretenden entregar una mejor organización y gestión de los tribunales de familia, así como procedimientos más expeditos y acordes a los requerimientos que la especial naturaleza de estos procesos demanda.

En términos generales, las principales modificaciones orgánicas se traducen en:

- 1) El aumento del número de jueces de familia, a lo largo de todo el territorio nacional, esto en virtud de la trascendencia del rol del juez en el proceso de familia y al déficit detectado desde su instalación, aumentó en 95 jueces (de 258 se pasará 353) para todo el país.
- 2) Como consecuencia de lo anterior, se crean cargos adicionales de consejeros técnicos y de empleados.
- 3) Debido al especial procedimiento establecido para los asuntos de familia, se instaura una nueva unidad administrativa: la unidad de cumplimiento, que será la encargada de desarrollar las gestiones necesarias para la adecuada ejecución de las resoluciones judiciales en el ámbito del procedimiento de familia.
- 4) Se fortalece la función del administrador, a través de la creación del cargo de jefe de unidad de servicios en todos los juzgados de familia del país, y el de jefe de unidad de causas, en los juzgados de mayor tamaño.
- 5) Como refuerzo administrativo, se aumentan las plazas de funcionarios para apoyar especialmente las unidades de causas y de atención de público, identificadas como las funciones más deficitarias que existen en los juzgados de familia desde su entrada en vigencia.

El proyecto establece una serie de modificaciones al procedimiento ante los tribunales de familia, que tienen por objeto agilizar su tramitación y otorgar herramientas que permitan un mejor control sobre su desarrollo, entre ellas:

- 1) Fortalecer el principio de concentración, potenciando la labor del juez respecto de suspender audiencias o realizar en forma consecutiva las audiencias preparatoria y de juicio hasta su conclusión. Con este cambio, se evita invertir esfuerzos y recursos en

gestiones que no fructificarán.

2) Otra modificación consiste, en crear un control de admisibilidad de las demandas, denuncias y requerimientos que se presenten ante Tribunales. La propia naturaleza multidisciplinaria del conflicto familiar, así como el general desconocimiento de sus causas, trae como resultado que un alto número de conflictos que arriban a estos tribunales requieran de una solución que se encuentra en el ámbito social o psicosocial.

3) Asistencia letrada obligatoria, ya que la ley N°19.968 permitió la comparecencia en juicio en forma personal, sin necesidad de mandatario judicial ni de abogado patrocinante, y sólo excepcionalmente el juez podía ordenar la representación letrada, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de ese carácter. Este tipo de comparecencia formó parte importante de las ideas fundantes del nuevo sistema de justicia familiar, ideas que iban enfocadas a una justicia más accesible al ciudadano común, sin embargo, hubo graves inconvenientes tanto en la eficiente defensa de los derechos de los recurrentes, como en la gestión de los tribunales y, el desarrollo del procedimiento, generando un mayor atochamiento en Tribunales. Con excepción de los procedimientos que estimen medidas de protección, como por ejemplo en caso de violencia intrafamiliar, las que por su urgencia permiten la comparecencia sin asistencia letrada.

4) Establecimiento de un período de discusión íntegramente escrito y previo a la audiencia preparatoria, con el fin de cumplir con la exigencia de asesoría letrada y en la búsqueda de fortalecer otras instituciones tales como la conciliación, la posibilidad de realización de las audiencias en forma continua, la posibilidad de que el juez de la audiencia preparatoria sea uno distinto del de la audiencia de juicio, así como evitar la suspensión de audiencias. Por tanto, la presentación de la demanda, la contestación de la demanda y la demanda reconvenzional se realizará de manera escrita.

5) Mediación previa y obligatoria en determinadas materias, reforma que será estudiada en un enunciado aparte. Sólo en el caso de que haya fracasado la mediación será posible recurrir a los tribunales de familia, presentando ante ellos el acta de mediación que certifique que las partes dieron cumplimiento a la mediación previa

obligatoria, pero que no arribaron a una solución de su conflicto.

6) Finalmente el proyecto introduce una serie de pequeñas modificaciones procesales que en conjunto agilizan el procedimiento, entre ellas: en el procedimiento especial de violencia intrafamiliar, ante la inactividad de las partes, faculta al juez al archivo provisional de los antecedentes, facultando a la vez al actor, en cualquier momento, para pedir la reapertura del procedimiento. Por otro lado se introduce la notificación según lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de requerir la autorización judicial previa, requiriendo sólo la constancia del ministro de fe sin necesidad de nueva orden del tribunal.

- Modificación a la ley N°19.968, reemplazo del título V, “De la Mediación Familiar”:

En la práctica, desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de familia creado por la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, el 1° de octubre de 2005, la mediación no fue considerada dentro de las posibilidades reales de solución tanto por parte de los litigantes como de los tribunales que conocen de la materia, por lo que sus resultados cuantitativos esperados estuvieron muy lejos de la realidad. La mediación se había planteado inicialmente como voluntaria en todos sus aspectos, tanto en el inicio como en la permanencia de las partes en ella, circunstancia que unida al desconocimiento de las personas acerca de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, dio lugar a que menos del 1% del total de causas ingresadas a los tribunales de familia, fuera sometida a mediación, muy lejos del 20% pronosticado. Ello, entendemos, en gran parte por desconocimiento de sus reales ventajas, pero en otra, debido a ciertas características en su diseño original que la hacía facultativa en todas las materias en que es procedente, dentro de un procedimiento ya iniciado y, con engorrosos trámites para la obtención de su gratuidad.

Con el proyecto de ley que modificó la ley N°19.968 se establecieron tres importantes materias que necesariamente deberán ser iniciadas por un proceso de

mediación, previo a la tramitación judicial de la demanda, con el propósito de incentivar la resolución de conflictos en una etapa prejudicial, ellas son: derecho de alimentos entre padres e hijos, cuidado personal, y relación directa y regular. Este tipo de asuntos familiares corresponden a la mayor cantidad de ingresos de causas en los tribunales y tratándose de temas de naturaleza muy relacionada, hace factible la posibilidad de alcanzar acuerdos en conjunto.

Por otra parte, se eliminan los trámites para acceder a la gratuidad de la mediación, haciéndola extensible a una mayor cantidad de personas que las que finalmente contempló la Ley N°19.968 que establecía que “....*quienes cuenten con privilegio de pobreza o sean patrocinados por las corporaciones de asistencia judicial o alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica gratuita, tendrán derecho a recibir el servicio gratuitamente...*”. Así, las cosas, no se hizo si no retomar la idea del proyecto original de la ley N°19.968.

En la discusión del proyecto de ley N°20.286, los representantes del Ejecutivo fundamentaron que la mediación que se plantea como obligatoria en su derivación, como instancia pre-judicial, mantiene la voluntariedad de las partes de continuar o no con el procedimiento de ésta.

Durante la discusión del proyecto de ley N°20.286 el entonces Ministro de Justicia, señor Isidro Solís Palma, señalaba que, “esta iniciativa buscaba regularizar el funcionamiento de los Tribunales de Familia para que entreguen respuesta de calidad y en tiempo oportuno a las familias afectadas. Indicó que a junio de 2006 –nueve meses de funcionamiento desde su partida el 1 de octubre de 2005- los ingresos en los tribunales de justicia llegaron a 302.495 a nivel nacional, lo que implica que al año ingresarán un total de 400.000 causas, más del doble de lo presupuestado, ya que la proyección inicial al año de implementación era de 185.000”.²⁴

²⁴ Historia de la Ley N° 20.286 que “Introduce Modificaciones Orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia”, septiembre de 2008, pág. 62.

Respecto de dicho punto es interesante la opinión que durante la discusión del proyecto entregó la Presidenta de la Federación Nacional de Funcionarios de Asistencia Jurídica (FENADAJ), señora Claudia Fachinetti Farrán, que señaló que, “contribuyó al colapso de tribunales el no considerar a las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJs) como intermediarias y reguladoras del flujo del sistema”; en ese sentido propuso para el título referido a la mediación familiar el permitir a las Corporaciones de Asistencia Judicial efectuar transacciones en las causas que patrocinen el proyecto. Agregó, asimismo, que se debe mantener la mediación voluntaria aceptada y costeadada por las partes, sin consagrar para ciertas materias una obligatoriedad previa a la tramitación judicial de la demanda, y permitir que se realice en cualquiera de las comunas en que tenga su asiento el tribunal”.²⁵

Durante el mismo período La Directora del Centro de Mediación Familiar Vitasalud, señora Gloria Baeza Concha, manifestó “su acuerdo con la existencia de mediación previa y obligatoria en las materias propuestas en el proyecto. Efectuó algunas observaciones como reforzar el principio de la confidencialidad, haciendo una descripción más completa y profunda de la misma; frustrar la mediación si alguna de las partes no asiste luego de la segunda citación, habilitando al demandante para proceder judicialmente; permitir al mediador subsanar algunos defectos del acta de mediación, con acuerdo de las partes; ubicación de dependencias para efectuar mediaciones, y capacitación continua pero exigible cada tres años”.²⁶

En conclusión, podemos establecer que con las modificaciones introducidas por la Ley N°20.286 al Título V de la Ley N°19.968, la mediación familiar se retoma como una posibilidad efectiva de solución distinta a la vía judicial, orientada a la solución pacífica de conflictos generados entre dos o más personas miembros de una familia. Si bien la mediación familiar en la nueva Ley N°20.286 es obligatoria en la mayor parte de los casos que conforman el universo de causas ingresadas a tribunales de familia,

²⁵ Historia de la Ley N° 20.286 que “Introduce Modificaciones Orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia”, septiembre de 2008, pág. 67

²⁶ Historia de la Ley N° 20.286 que “Introduce Modificaciones Orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia”, septiembre de 2008, pág. 70

debemos entender esta obligatoriedad solamente respecto de su derivación, de lo contrario se opondría al principio de voluntariedad que caracteriza a dicha institución, y que tiene la ventaja de que al ser las partes "dueñas o protagonistas" de la mediación, garantiza que cualquiera de ellas manifestando su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se dé por terminada. Por consiguiente, aún en las materias de mediación obligatoria, las partes serán libres para abandonar esta instancia.

Lo destacado de la nueva ley, es que a seis años de funcionamiento del sistema, considerando su inicio en el año 2005 y con todos los obstáculos y falta de apoyo institucional real que la mediación ha tenido, la mayoría de los mediadores profesionales que han realizado su trabajo en el marco de la nueva justicia de familia, declaran tasas de éxito del 65 al 70%, si se analizan las mediaciones efectivamente realizadas como universo total.

La mediación se ve también favorecida frente a otros métodos alternativos de resolución de conflictos por cuanto tiene un efecto "expansivo" que se produce a partir del proceso transformativo al que se ven expuestas las partes, lo que, a su vez, se traduce en un importante componente preventivo de situaciones de riesgo social al preocuparse del grupo familiar en su totalidad.

Por otro lado, si bien su puesta en marcha ha significado grandes desembolsos para el Estado, es comparativamente una vía menos costosa por la eficiencia del sistema, no tan solo desde el punto de vista económico, sino también desde el punto de vista social.

En el marco de la implementación de la mediación familiar obligatoria o mejor llamada mediación previa, se realizó en Chile en junio de 2010, el Congreso Internacional de "Mediación y resolución colaborativa de conflictos. Un aporte a la cohesión social", en este congreso, en la presentación a cargo de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, se informaba que entre junio de 2009 a mayo de 2010,

158.331 familias habían ingresado al sistema de mediación familiar, de las cuales 51.152 alcanzaron un acuerdo. Y se señalaba como metas a seguir: 1) cumplir con un 50% de ingreso de causas a mediación al día siguiente a la notificación. 2) cumplir al menos con un 50% con el envío de causas a pago, que hayan terminado con acuerdo total y con derecho a pago durante un mes. 3) promedio de calificación de la nómina de mediadores en conocimiento específicos con nota superior a 5.0. En relación con ello el día 15 de junio de 2010 se rindió la Prueba de Conocimiento de Mediadores a nivel nacional por el 97% de los mediadores a nivel nacional, esto es 235 mediadores 4) promedio de calificación del contratado en la encuesta de satisfacción de usuarios superior o igual a 5.0. Se consideró además como una primera etapa del proceso de “mediación previa”, el período de julio de 2009 a febrero de 2010, considerando el nivel de acuerdo en 10 regiones en un 38%, por lo que se concluyó que el nivel de descongestión de Tribunales de Familia alcanzaba un 18%. Por otro lado, en este Congreso se menciona como ventaja del sistema su bajo costo en relación a la suma proyectada por la Ley de Presupuesto para el año 2010 respecto de los Tribunales de Familia.

Así las cosas en este Congreso se ha planteado el proceso de mediación como bastante favorable y se han establecido líneas de trabajo que deberán ser desarrollados en el futuro a fin de lograr la aplicación exitosa del sistema, entre ellos:

- 1) evaluación del cumplimiento de las metas por parte de los mediadores licitados.

- 2) gestión de informes técnicos que establezcan acciones ante mediaciones frustadas, o el caso de partícipes extranjeros o de pueblos indígenas. En este último ejemplo ya se han realizado mesas de trabajo, podemos citar la realizada en agosto de 2010, denominada “Mediación familiar en contextos Multiculturales” que busca establecer pautas que deben manejar los mediadores que trabajarán con personas en conflicto pertenecientes a etnias originarias, a fin de brindar un servicio cercano a la identidad de ellos.

3) bajar las tasas de mediación frustrada por inasistencia de ambas partes.

4) incorporar de mejor manera abogados especialistas en derecho de familia en el tema de la mediación e instituciones que trabajen en temas de familia.

5) incorporar a mediadores privados no licitados al sistema informático de mediación familiar (SIMEF), y junto con ellos fijar aranceles máximos para el desarrollo de la actividad.

6) creación de un código de ética que regule el quehacer de los mediadores familiares, sancionarlo y publicitarlo.

El Sistema Informático de Mediación Familiar (SIMNEF), del Ministerio de Justicia, dentro de su informe estadístico a nivel nacional informa que entre junio de 2009 al 31 de octubre de 2010 ingresaron al sistema de mediación familiar 185.573 causas por alimentos (62,62%), 34.198 por cuidado personal del menor (11,54%), 73.867 por relación directa y regular (24,93%) y 2.717 calificado como otros motivos (0,92%); lo que comprende un universo total de 296.355 causas ingresadas al sistema durante este período, de las cuales 84.916 terminaron con acuerdo y 43.583 corresponden a causas frustradas en las que se realizaron 1 o más sesiones conjuntas. En este sentido, es dable señalar que durante el periodo observado, esto es poco más de un año calendario, se observa que del total de causas ingresadas al sistema de mediación familiar, prácticamente un tercio de ellas fueron terminadas con acuerdo y en un quinto de ellas las partes asistieron a mediación pero no se produjo acuerdo, número que tal vez podría incrementarse como causas en acuerdo si dotamos a los mediadores de mayores habilidades en realizar el proceso.

En la constante búsqueda de perfeccionar el sistema implementado ya desde el año 2004, la Subsecretaría de Justicia encargó La Encuesta De Satisfacción De Usuarios Del Sistema De Mediación Familiar, publicada a través del portal del Ministerio de Justicia en enero de 2011, a fin de conocer las percepciones y opiniones

de los usuarios del sistema de mediación familiar, estableciendo una correlación entre la satisfacción de estos con la atención recibida. Para ello se encuestaron partícipes, hombres y mujeres del proceso de mediación familiar en los centros de las 15 regiones del país, que hayan ingresado al sistema entre el 01 de junio de 2009 y que hayan obtenido un acuerdo hasta el 31 de marzo de 2010, la muestra incluyó 1303, lo que otorgó un nivel de confianza del 95%. Dentro de las bases de licitación se establecen además, como objetivos específicos:

- a. Definir a nivel general el perfil de los usuarios de los centros de mediación.
- b. Conocer desde una perspectiva cuantitativa las percepciones de los usuarios de los centros de mediación.
- c. Medir los niveles de satisfacción de los usuarios con la atención recibida en los centros de mediación familiar.

Dentro de esta encuesta se obtuvo la siguiente información:

- la mayoría de las personas señalan que la información respecto del proceso de mediación la han recibido a través de la Corporación de Asistencia Judicial y la Fundación de Asistencia Legal de la Familia.
- Con respecto a la duración del proceso de mediación, desde que se inician las sesiones hasta que se llega a acuerdo, principalmente es de una semana. Y el tiempo de duración de cada sesión es principalmente entre media hora y una hora treinta minutos, y la mayoría de los participantes se mostró conforme con ello. Quienes no evaluaron positivamente este aspecto, consideraron que el tiempo fue breve en cuanto no pudieron exponer mayores antecedentes de la situación que se mediaba.
- Respecto del cumplimiento de los principios de la mediación familiar podemos señalar que los participantes sintieron que tenían la libertad de participar o retirarse de la mediación durante todo el proceso, lo que indica que el proceso ha dado cumplimiento al principio de la voluntariedad. Sin embargo, determinados centros fueron mal evaluados en la Región Metropolitana, V y la X. El Principio de la Confidencialidad también fue percibido de una manera

muy positiva por los partícipes a nivel nacional.

- Por otro lado los usuarios se han sentido protagonistas en la formulación del acuerdo, respetándose de esta manera la necesaria imparcialidad de la mediación, existiendo un porcentaje bajo que señala que la decisión le fue impuesta ya sea por el mediador o porque la otra parte no dio posibilidades de negociación. Respecto del Interés superior del niño/a o adolescente también ha tenido una opinión satisfactoria de los usuarios.
- El cumplimiento de expectativas tiene un buen porcentaje, obteniendo un promedio general de 5,8. Y ello dice estrecha relación con la conformidad con el acuerdo alcanzado siendo por tanto evaluado como satisfactorio. Las personas que se mostraron disconformes lo señalaron en relación al no cumplimiento de sus expectativas económicas, principalmente en relación al no cumplimiento de la suma acordada y por otro lado, con el no cumplimiento de la frecuencia en la relación directa y regular con los menores.
- Luego del proceso de mediación, en general, los entrevistados declaran que tiende a cumplirse el acuerdo alcanzado, existiendo sólo un 13,3% que señala que el acuerdo se ha cumplido nada o casi nada. Para estas personas, la principal razón es que no se respetan los compromisos respecto de la relación directa y regular para con los hijos.
- Luego del proceso de mediación, las personas quedan con una buena imagen del mismo, ya que un alto porcentaje (81%) acudiría nuevamente al sistema y además un 88% lo recomendaría a un amigo o familiar.
- Las personas señalan sentirse cómodas con el mediador y evalúan a los mediadores de buena manera, obteniendo a nivel general un promedio de 6,1.
- Un atributo considerado como primordial por los asistentes a mediación ha sido la empatía que demuestre el mediador.
- Dentro de la encuesta realizada, se consulta a los partícipes “qué sugerencia haría para mejorar el sistema de mediación familiar”, a lo cual el 36% de los encuestados contestaron que “nada”, el 9% respondió “mejorar la estructura de los centros”, el 9% respondió “que el mediador sea imparcial”, el 7% respondió

“que entreguen más información legal y del proceso”, todas las demás sugerencias tienen un porcentaje de participación bastante bajo.

Dentro de las recomendaciones de la encuesta referida encontramos:

- Atendido el alto nivel de satisfacción que ha demostrado este tipo de resolución alternativa de conflictos, se sugiere la entrega de incentivos a los centros de mediación a fin de que persistan en la labor de entrega de un buen servicio y calidad de gestión. Esto se puede lograr a través de un trabajo de seguimiento de los casos que han obtenido acuerdo, a fin de que mantengan la confianza en el sistema.
- Mantener el fiel cumplimiento a los principios de mediación.
- Facilitar la participación de terceros en el proceso de mediación, ya que hubo interés en esta circunstancia.
- Fortalecer la entrega de información previa respecto del proceso.
- Mejorar la infraestructura de los centros de mediación (cuestión que no es primordial, pero que puede ser mejorada).
- Mejor manejo del mediador en el sentido de que las partes se sientan más protagonistas de sus acuerdos.
- Destacar las ventajas de la mediación a fin de que sea una mejor opción para las personas frente a otras formas de resolución para los conflictos familiares.

Podemos señalar a modo de conclusión que, la implementación de la obligatoriedad del procedimiento de mediación previo a la tramitación judicial, ha permitido un acercamiento de este tipo de resolución colaborativa de conflictos a las personas, las cuales fundamentalmente por desconocimiento y por lo engorroso del ingreso al sistema en un principio, no acudían a ella. De esta forma el legislador a través de sus reformas legales, busca consolidar el Sistema Nacional de Mediación como una forma prioritaria de resolución de conflictos, logrando que el sistema de justicia familiar sea más colaborativo para todos los habitantes de la República, que quieran resolver sus disputas a través de una vía

no adversarial.

El Estado sin lugar a dudas, con la reforma introducida con la Ley N°20.286 ha querido potenciar la mediación como un mecanismo moderno, eficiente y no confrontacional de resolución de conflictos, velando por una adecuada oferta de mediadores y calidad en la prestación de servicios.

En el último capítulo de este trabajo, vamos a analizar cómo ha sido en la práctica la implementación en los Tribunales de Familia, de la mediación familiar previa y obligatoria luego de la aprobación de la ley N°20.286.

CAPITULO V: INCORPORACION DE LA MEDIACION FAMILIAR **PREVIA OBLIGATORIA, ANALISIS A DOS AÑOS DE SU** **IMPLEMENTACIÓN.**

Previo al análisis de lo que ha significado la incorporación de la mediación familiar previa obligatoria, es necesario señalar que el proyecto de ley inicial enviado por el ejecutivo en el año 1997, incorporaba la mediación familiar previa de manera obligatoria para las materias asociadas al cuidado personal de los hijos, relación directa y regular y alimentos.

Sin embargo, al promulgarse y publicarse el 30 de agosto de 2004 la ley N°19.968, por rechazo del Senado, esta solo incorporó la mediación familiar previa como una instancia voluntaria, esto debido a que nuestros legisladores encontraron que la mediación familiar previa obligatoria, sería un entorpecimiento a la resolución de los conflictos.

La mediación familiar previa de carácter voluntaria, tuvo un bajo impacto en la descongestión de los Tribunales de Familia, por lo que el motivo fundamental de las reformas incorporadas por la Ley N°20.286, fue dotar de un instrumento que diera celeridad a los Tribunales, esto es, la mediación familiar previa con carácter obligatorio para las materias relacionadas con cuidado permanente de los hijos, relación directa y regular con ellos y alimentos.

El capítulo que se desarrollará a continuación, se basa en los resultados del estudio “sobre la implementación de la mediación familiar previa obligatoria”, realizado por la Unidad de Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el cual fue expuesto en el Seminario “Mediación familiar previa: una mirada a dos años de su implementación” realizado en Santiago de Chile

el 23 de noviembre de 2011.

V.I Resultados del estudio sobre la implementación de la mediación familiar previa obligatoria, realizado por la Universidad Diego Portales:

El estudio realizado por la Unidad de Resolución de Conflictos de la Universidad Diego Portales, se desenvuelve a través del desarrollo de siete temas fundamentales relacionados a la mediación familiar, y son:

- A. Masificación de la mediación familiar.
- B. Forma en que los usuarios se proveen de los servicios de mediación familiar.
- C. Alcances de la mediación familiar previa obligatoria.
- D. Formas en que los usuarios ingresan a la mediación familiar.
- E. ¿Qué se media? ¿Materias o conflictos?
- F. Los acuerdos en mediación y su sustentabilidad en el tiempo.
- G. Formación de los mediadores.

A. Un primer tema abordado por el estudio, se refiere a la masificación de la mediación, estableciéndose que:

- Entre enero y mayo de 2010 ingresaron a mediación 83.433 causas.
- Entre junio de 2009 a junio de 2011 ingresaron a mediación 346.627 causas.

Desde la implementación de la ley N°20.286, las materias ingresadas al Servicio Nacional de Mediación corresponden en un 26% a materias sobre relación directa, un 11% a cuidado personal, un 62% a materias de alimentos y un 1% a otras materias.

El estudio señala que de las causas ingresadas entre junio de 2009 y junio de 2011, un 42.43% han sido mediaciones exitosas, esto es, causas que finalizaron con acuerdo.

Se puede concluir respecto de este primer aspecto, que efectivamente la mediación familiar previa obligatoria ha sido un aporte a la descongestión de los

Tribunales de Familia, pero surgen ciertas dudas respecto de:

- La calidad de los procesos de mediación
- Y la perdurabilidad de los acuerdos. Los investigadores temen que las causas con acuerdo vuelvan a reingresar al sistema judicial, por temas relacionados al cumplimiento por falta de calidad del acuerdo.

B. El segundo tema del estudio se relaciona con: ¿Cómo el sistema provee de los servicios de mediación familiar a los usuarios?

Los servicios de mediación familiar pueden prestarse a través de la práctica privada o la práctica licitada. El mediador licitado, es aquél contratado por el Ministerio de Justicia, mediante licitaciones públicas a lo largo del país, para la prestación del servicio de mediación familiar licitada. El mediador privado, es aquél que presta el servicio de mediación familiar, pero de manera independiente o, lo que es lo mismo, no contratado por el Ministerio de Justicia. El elemento común entre ambos, es que deben estar registrados en el Registro Único de Mediadores Familiares del Ministerio de Justicia, conforme lo requerido por el art. 112 de la Ley N°19.968.

El Sistema de Mediación Nacional no consideró al momento de diseñar el sistema los centros de mediación de las Corporaciones de Asistencia Judicial, las cuales derivan a los centros licitados el 19% de los casos, perdiéndose con esto un importante recurso.

Según el estudio, en los centros de mediación prima la lógica del negocio, los mediadores son contratados muchas veces en condiciones cuestionadas.

Respecto de la labor realizada por los mediadores privados, no hay estadísticas que la reflejen, pero el número de causas ingresadas no sería muy significativo, esto debido al amplio umbral de gratuidad establecido por el legislador.

Podemos señalar que, la mayor diferencia entre el sistema licitado y el sistema privado es la forma de pago. En el sistema licitado, el pago se realiza por acuerdo total y por causas en trámites. Mientras que en el sistema privado, el arancel es

por sesiones, no existiendo un incentivo para el logro de acuerdos.

C. Los alcances de la mediación familiar previa obligatoria luego de la ley N°20.286, es el tercer aspecto a revisar.

- El estudio señala en primer lugar que, el establecimiento de la mediación familiar previa obligatoria es más bien de carácter formal, no hay incentivos reales para el logro de acuerdos.
- En segundo lugar, hay diferencias en los estándares que se aplican en los distintos Tribunales de Familia para considerar frustrada una mediación. La regla general es, que luego de dos citaciones a las cuales no comparezca alguna de las partes, se dé por frustrada la mediación, incluso en materia de alimentos aunque la ley establece para esta materia la necesidad de una sola citación. Pero en la práctica privada, también existe otro criterio, pues frente a la solicitud de una de las partes, con el solo desistimiento de una de ellas, se considera frustrada la mediación.

D. Formas en que los usuarios ingresan a la mediación familiar.

Aproximadamente un 20% de los usuarios ingresa directamente, un 19% por causas derivadas desde las Corporaciones de Asistencia Judicial, y el resto por causas derivadas desde los Tribunales de Familia.

En teoría, la mejor vía sería la de Tribunales, pero en la práctica no funciona pues la persona que recurre a los Tribunales por alguna de las materias establecidas para mediación familiar previa obligatoria, se retira del Tribunal con una fecha para la primera sesión, la que generalmente está muy próxima, por otro lado, los datos de la otra parte no siempre son los adecuados.

Las personas que han sido derivadas desde las Corporaciones de Asistencia Judicial a los centros de mediación, se enfrentan a una mayor dificultad, pues al usuario se le señala que lo llamen, por lo que deben esperar sin ningún trámite concreto a seguir.

Un problema no menor que recoge el estudio de la Universidad Diego Portales

se refiere a que el pago que se le realizará al mediador es por acuerdo total y el acuerdo total es por cada materia mediada, las cuales han sido establecidas con anterioridad por el legislador, lo que contraviene los principios generales de la mediación familiar, pues deberían ser las partes y el mediador quienes definan los temas a mediar.

E. Un punto de la mayor trascendencia, se refiere a: ¿qué es lo que se media?
¿las materias o los conflictos?

El ingreso a la mediación está limitada por las materias establecidas por el legislador, los incentivos reducen el campo de acción de la mediación en términos del abordaje de los conflictos y se afecta la calidad de los procesos, pues el mediador está concentrado en llegar a un acuerdo, sin interiorizarse del conflicto de fondo que afecta a esa familia, esto en virtud del pago por acuerdos totales establecido por el legislador.

Es importante destacar en este punto que, la mediación en los países que funciona de manera exitosa, es la más eficaz forma de solucionar los conflictos de familia, pues la característica de los conflictos familiares es que las personas involucradas en él están relacionadas de por vida, y por lo tanto ellas mismas en la medida que profundicen acerca del conflicto que los afecta pueden llegar a la solución más efectiva a su problemática, son ellos y no un tercero los que conocen a fondo el conflicto familiar que los afecta.

F. El sexto tema investigado en el estudio ya señalado, se refiere a los acuerdos alcanzados en la mediación y su sustentabilidad en el tiempo.

Los antecedentes recogidos plantean, que muchos acuerdos reingresan al sistema judicial por incumplimiento, esto en virtud de la calidad del acuerdo alcanzado. Además existe el bloqueo de causas, esto es, que después de una mediación durante un cierto tiempo esas partes no podrán volver a mediar otras materias.

Debemos aportar en este punto que, la doctrina establece que el acuerdo no

es la única forma de medir el éxito de la mediación, sin embargo, nuestro sistema no solo la recoge como forma de medir mediaciones exitosas, sino que además la incentiva a través del pago por acuerdo total, sin considerar la calidad y sustentabilidad de los acuerdos.

G. La última materia tratada por el estudio se refiere a la formación de los mediadores.

En los distintos programas de formación de mediadores, existe mucha diversidad de contenidos. Se critica el hecho de ser “mediadores de papel”, ello debido a la poca formación integral de estos profesionales, ya que entre ellos podemos encontrar mediadores formados en cursos on-line que jamás han participado de manera práctica en mediación, por lo que no se pueden percibir las habilidades de cada mediador.

A continuación analizaremos los comentarios de los panelistas invitados al Seminario “Mediación familiar previa: una mirada a dos años de su implementación” sobre el estudio realizado sobre la materia por la Universidad Diego Portales.

V.II Comentarios sobre los diferentes temas tratados en el “Estudio sobre la implementación de la mediación familiar previa obligatoria”.

1. Comentarios de Felipe Pulgar, Juez del Tribunal de Familia de Viña del Mar.

Complementando el estudio sobre la implementación de la mediación familiar previa obligatoria, el Juez Pulgar señala que, “desde la implementación de la mediación familiar previa obligatoria, han aumentado en 6 veces las mediaciones realizadas. No obstante lo anterior, en la práctica la mediación familiar previa

obligatoria, tiene para los usuarios un carácter formal, lo que queda demostrado en que las partes siguen preparando su demanda mientras asisten a la mediación. Es vista por los usuarios como un obstáculo, como un impedimento para acceder a la resolución de un juez, por lo que concluye el Magistrado que, no hubo una educación a la comunidad sobre las ventajas de ser ellos mismos quienes resuelvan sus conflictos familiares, esto sumado al carácter de obligatorio del proceso de mediación impuesto por el legislador, ha llevado a que la mediación en el hecho no sea tan eficaz como se esperaba”.

En relación con las mediaciones frustradas, llama la atención del Juez Pulgar, que “incluso sea el usuario solicitante de la mediación, el que no asista a la primera sesión y de esta manera obtenga con ello de inmediato el certificado de mediación frustrada, permitiéndole de esta manera interponer su demanda”. Para subsanar esto, propone una modificación legal a la obligatoriedad, refiriéndose con ellos a una participación activa de asistir a la mediación. Concuera con el estudio, en que hay una interpretación errada de algunos mediadores por extender el certificado de mediación frustrada con el solo hecho de faltar a una citación una de las partes. Por ejemplo, el solicitante aporta determinados datos de su contraparte al mediador, quien puede citarlo telefónicamente, si este no asiste se da por frustrada la mediación, consiguiendo de esta manera el solicitando su certificado para demandar. Se critica que se da por fallado rápidamente una citación a la que solo se le aportó datos por parte del solicitante.

Otro punto que desarrolla el Juez Pulgar, dice relación con la mediación en casos de violencia intrafamiliar, para él, “en ningún caso y bajo ninguna circunstancia debiera mediar en esta situación, debido a la desigualdad de poder en que se encuentran las partes, lo que impide llegar a un acuerdo que sea equitativo para ambos. Sin embargo, nuestra legislación permite que entre las mismas partes afectadas por violencia intrafamiliar se medie otras materias no relacionadas con la violencia misma, como es el caso de los alimentos”.

Llama la atención del Juez Pulgar, la alta cantidad de causas mediadas con acuerdo que vuelven a los Tribunales de Familia, para exigir su cumplimiento. Lo anterior, pudiera tener su origen según él, “en que una de las partes no entendió bien el proceso de mediación y eso lo llevo a efectuar un acuerdo que no comprendió en un 100%”.

Por la experiencia de los magistrados de familia de Viña del Mar, las mediaciones más exitosas desde el punto de vista del cumplimiento y de su sustentabilidad en el tiempo son las mediaciones integrales, realizadas por profesionales de distintas áreas relacionadas con las familias y que llegan también a soluciones más integrales, que abarcan los distintos conflictos que aquejan a las familias.

Por último, señala “la creencia errada de las personas sobre la independencia social del juez para poner término a sus conflictos. Las partes no entienden, que en la resolución del juez siempre habrá un ganador y un perdedor, el que siempre quedará insatisfecho, lo que no ocurre en la mediación, pues las partes al hacerse responsables de sus conflictos y al alcanzar un acuerdo, sentirán que son parte de la solución, sin ganadores ni perdedores, pues ambos han contribuido a la solución del conflicto.”.

2. Comentarios de Daniela Muñoz, abogada, mediadora licitada de “Mediación Integral SPA”.

Respecto de la limitación establecida por el legislador respecto de las materias que deben ser mediadas de forma previa obligatoria, la abogada Muñoz señala “que el hecho de que el legislador con anterioridad al inicio de la mediación familiar establezca las materias que deben ser mediadas, distorsiona los principios de voluntariedad, de protagonismo de las partes y de imparcialidad, que son fundamentales para la doctrina en este modo alternativo de resolución de conflictos.

Lo anterior, limita la labor del mediador, pues debieran ser las partes quienes libremente fijen las materias a mediar, y en qué orden éstas se trataran. Esto, sumado a que la obtención del acuerdo está relacionada al pago de la causa, implica alterar la sustentabilidad del acuerdo, pues se están mediando materias y no conflictos de familia”.

En relación con la formación de los mediadores de familia, señala que “el Sistema Nacional de Mediación tal cual está diseñado hoy en día, solo exige requisitos de formación de los mediadores para su incorporación en el registro, y no establece ningún requisito que permita controlar la permanencia de la calidad del mediador. La abogada, señala que por ejemplo en el Reino Unido, lugar en el cual ella estudió y vivió, los mediadores de cualquier área del derecho, permanentemente deben formarse en cursos acreditados por el Estado, además de estar anualmente supervisados por un mediador calificado respecto de sus habilidades y gestión”.

En otro tema y que refleja la falta de criterios en común respecto de las materias a tratar en mediación familiar, se refiere al cuidado de los hijos por un tercero. La abogada y mediadora familiar señala que, “si bien el cuidado personal de los niños es privativo de los padres, existen casos en que por acuerdo entre ellos, o por solicitud de los propios hijos, el cuidado de estos es entregado a un tercero. Respecto de esta materia, establece que estos acuerdos derivados de la mediación, generalmente son rechazados por los Tribunales de familia, pues estos establecen que una transacción con un tercero no puede ser tratada en una mediación familiar, sin embargo, existen Tribunales que si los han aceptado”.

Por último, destaca que “hoy en el proceso de mediación familiar, se ha incorporado la opinión de los adolescentes, pero qué cuando los acuerdos alcanzados en mediación, y en los cuales han tenido participación adolescentes o terceros, son rechazados por los Tribunales de familia, genera en estas personas incertidumbre acerca del proceso de mediación y desencanto respecto de la mediación como forma

alternativa de la resolución de conflictos”.

3. Comentarios de la abogada Daniela Báez, coordinadora de la Unidad de Mediación División Judicial, del Ministerio de Justicia.

La abogada Báez comparte los resultados del estudio, la interrogante en cuanto a la calidad de los acuerdos, y señala que, “el Ministerio de Justicia, hoy enfrenta dos grandes cuestionamientos frente a este tema y son: la calidad de la mediación y la durabilidad de los acuerdos”. Estos aspectos críticos, están relacionados por una parte con fallas en elementos estructurales del sistema y por la otra, con la formación y desempeño de los mediadores.

Respecto de los errores en la estructura del sistema de mediación, establece que el Ministerio de Justicia está trabajando para:

- Mejorar el procedimiento de pago a los mediadores, señala la abogada Báez que, “por ejemplo hoy en día si llegan a un centro de mediación usuarios con dos materias de las establecidas por el legislador para mediación previa, el mediador se siente obligado a mediar ambas materias para la obtención de un pago total, lo que en un futuro cambiará pues existirá pago aunque la mediación recaiga solo sobre una de las materias”.
- Elevar los estándares del proceso de mediación, orientándolos a dar una mejor atención general a los usuarios del sistema.
- Establecer la facultad para el Ministerio de Justicia de limitar los porcentajes máximos de mediaciones a efectuar en cada zona de licitación.
- Es necesario además, trabajar para que los cambios de las bases del sistema de licitación se traduzcan en una mejor implementación del sistema de mediación familiar.

Respecto de la formación y desempeño de los mediadores, en relación con la calidad del servicio prestado a los usuarios, Báez señala que, “la mayoría de los

cambios de las Bases de licitación están orientadas a una mejor selección de los mediadores”. En esta materia, se debe respetar el libre acceso a los concursos de mediadores licitados, tanto a personas naturales como a las personas jurídicas. Hoy las personas naturales se han visto perjudicadas para ser seleccionados como mediadores. Respecto de las personas jurídicas no podrán ofertar por todas las causas licitadas, así se evitarían los monopolios de los grandes centros de mediación.

Además para mejorar la calidad del servicio, recibirá mayor ponderación la oferta técnica (70%) por sobre la económica (30%), considerando en este punto, no sólo los años de servicios, sino también experiencia, etc. También habrá mayor ponderación a la mediación privada que a la experiencia en la licitada, esto para generar alternancia.

Respecto del pago por los servicios de mediación, los cambios apuntan a que éste no sea el único incentivo para lograr acuerdos en el proceso de mediación, estableciéndose un pago base por funcionamiento del sistema y un pago adicional por mediar materias completas.

En relación con el reingreso de causas por falta de sustentabilidad de los acuerdos de mediación, la abogada señala que, “existe en los Tribunales de familia solo una sensación de que hay reingreso de causas terminadas por mediación, pero no existen datos duros al respecto”. Y agrega que, “se acaba de aprobar por parte del Ministerio de Justicia licitación para una auditoria en esta materia por parte de la Universidad Católica de Valparaíso”.

V.III Análisis de lo señalado en el “estudio sobre la implementación de la mediación familiar previa obligatoria”.

Sin lugar a dudas, el estudio revisado en los párrafos anteriores, nos da muestras de la realidad que vive hoy en día el sistema de mediación familiar.

Si bien es cierto, es un avance de nuestro legislador el haberla incorporado en los asuntos de familia, como una instancia previa y obligatoria, el resultado de la práctica desde su implementación demuestra que estamos muy alejados de los objetivos que rigen este medio de resolución alternativa de conflictos.

En primer lugar, no ha existido por parte del Gobierno, políticas que tiendan a educar a las personas en una cultura del diálogo, que promueva la participación activa de las personas en los problemas que los afecten y que les enseñen las ventajas de ser ellos mismos quienes resuelvan sus conflictos.

Como segundo punto debemos señalar que, por el hecho de estar establecidas con anterioridad por el legislador las materias que deben someterse a la mediación familiar, previa y obligatoria, se ve mermado el principio de voluntariedad que rige a la mediación, el cual promueve el protagonismo de las partes frente al conflicto que los afecta, para determinarlo, para abordarlo y para solucionarlo.

Un tercer punto a analizar es respecto de la calidad de la mediación a la que se están sometiendo los usuarios del sistema. Por un lado, falta formación por parte de los mediadores, pero también por el hecho de estar el mediador presionado para llegar a un acuerdo en virtud del pago que necesita recibir, la mediación no aborda los conflictos de familia sino que se limita a abordar las materias preestablecidas por ley.

En cuarto lugar debemos señalar que, sin lugar a dudas hay falencias en los requisitos establecidos para ser mediador, estos se exigen solo para su incorporación al sistema de mediación, pero no hay mecanismos para verificar la permanencia de la calidad de los mediadores.

Por último, el pago no debe ser el único incentivo para el logro de acuerdos derivados de la mediación, deben establecerse cambios que promuevan la participación activa de los usuarios.

CONCLUSIÓN.

Al final de este análisis, por el cual hemos intentado descubrir los fundamentos, características y objetivos de la mediación como sistema no adversarial de resolución de conflictos, es pertinente formular algunas conclusiones sobre el tema desarrollado y su regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico.

Creemos que en toda sociedad civilizada es adecuado el establecimiento de métodos de resolución de conflictos que no impliquen el ejercicio de la labor jurisdiccional, pudiendo las partes por sí mismas arribar a sus propias soluciones. Al contemplar el legislador estos sistemas en nuestro ordenamiento jurídico, está reconociendo la autonomía de las personas y su capacidad para ser gestoras de su propio devenir y de las soluciones a sus problemas, de esta forma el Estado reconoce en cada uno de los miembros de la familia la capacidad y el derecho preferente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, de regular sus relaciones de familia, siempre que dichos acuerdos garanticen el debido resguardo a los derechos que nuestro ordenamiento reconoce a todas las personas. En este sentido y en atención a que el mayor número de los conflictos de relevancia jurídica en materia de familia, dice relación con solicitudes de alimentos a favor de menores, relación directa y regular de padres con sus hijos y cuidado personal en relación a los mismos, es que se estableció la instancia de la mediación previa y obligatoria respecto de dichas materias. Debemos destacar que tanto nuestra Constitución en su artículo 19 N°10 al establecer el derecho a la educación y mencionar a los padres el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, como el título IX referido a los "Derechos y obligaciones entre padres e hijos" del Libro I de nuestro Código Civil, en especial su artículo N° 224 que señala que son los padres a quienes corresponde el cuidado personal, la crianza y educación de sus hijos, es que es importantísimo destacar que son los mismos padres quienes deben en forma prioritaria acordar las diversas materias atinentes a sus relaciones de familia y solo en forma subsidiaria a aquello,

cuando las partes no han podido por sí mismas arribar a una solución pacífica, o la solución acordada por los miembros de la familia no se encuentra acorde al ordenamiento jurídico chileno o atenta contra la moral y las buenas costumbres es que el órgano jurisdiccional debe hacerse parte activa.

El reconocimiento de la dignidad de las personas y de su libertad en el ámbito civil en lo relativo a sus derechos disponibles, es un imperativo de toda sociedad moderna, por lo cual la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de estos métodos no es sino consecuencia lógica e ineludible del continuo desarrollo que a nivel internacional se viene gestando en el ámbito de los Derechos Humanos que se orientan en el reconocimiento pleno de la individualidad y capacidad de las personas.

En el ámbito familiar, como se ha señalado anteriormente, confluye la persona en su ser integral, es por esto que es de vital importancia para el individuo y la familia, que el Estado le otorgue las herramientas adecuadas para enfrentar sus crisis de relevancia jurídica, más aún cuando la familia tiene reconocimiento constitucional, imponiendo al Poder Público su protección y fortalecimiento, con especial atención en el cónyuge más débil y en el reconocimiento del interés superior del niño, niña y/o adolescente.

En el orden legal, haciendo eco de este mandato constitucional, hemos sido testigos de una continua evolución en la ley chilena, que se orienta tanto a la protección de la familia matrimonial como de la no matrimonial, como son el establecimiento de la institución de los bienes familiares, la modificación en el tema filiativo que establece la igualdad entre los hijos, etc. En esta continua evolución se estableció la judicatura especializada en temas de familia y la incorporación de la mediación, aplicable a todo tipo de familia.

Nos parece que el establecimiento de la mediación en materias de familia ha sido un gran acierto de nuestro legislador, que haciendo eco de la evolución en otros

países en dicho tema, ha reconocido a las personas la capacidad de ser ellas mismas las gestoras de la solución de sus conflictos intrafamiliares.

En líneas generales, estimamos que la mediación incorporada por la Ley N°19.968 y publicada el 30 de agosto de 2004, recoge los principios generales que se le atribuyen por la doctrina y en Derecho Comparado a esta institución, en cuanto a la imparcialidad que debe tener el mediador, la reserva que debe mantener el mismo, y la igualdad entre las partes en su participación en el proceso. Lamentablemente en una primera etapa, el proceso de mediación fue facultativo para todas las materias de familia procedentes dentro de un proceso judicial ya iniciado, lo que significó que en un comienzo la mediación no fuera considerada por los afectados como una alternativa real para la solución de sus conflictos. El legislador a través de la Ley N°20.286, subsanó su error y ha establecido respecto del derecho de alimentos entre padres e hijos, cuidado personal y relación directa y regular, el proceso de mediación como obligatorio antes de iniciar la tramitación de la demanda.

Por otro lado, a pesar de los cambios que ha sufrido la ley en estudio, nuestra legislación aún permite la mediación familiar en algunas materias de familias derivadas de causas de violencia intrafamiliar. Estimamos que la mediación es un sistema ineficaz para mediar materias como solicitud de alimentos a favor de menores, o derecho de relación directa y regular respecto de sistemas familiares en que hay antecedentes de violencia en su interior. En la actualidad si bien no se permite mediar las causas de violencia intrafamiliar, si se permite que entre las mismas partes de dicho proceso se medien otras materias de familia, cuestión que nos parece contradictoria con los principios fundantes de la mediación, esto por no existir la igualdad necesaria entre los intervinientes que el sistema requiere. Los involucrados en la violencia intrafamiliar, se encuentran incapacitados para mantener un diálogo fructífero, que les permita superar sus posturas individuales, para reconocer los intereses del otro, y que por pertenecer ambos a una misma familia, son los intereses comunes de ésta. Esta situación de falta de comunicación entre los

intervinientes, y la rigidez de sus posiciones, jamás van a poder ser subsanadas por el mediador, pues implica una tarea que excede con creces su rol, que implica, además, que para mantener el equilibrio entre las partes, el mediador deberá en cierta forma “proteger” a una de las partes respecto de la otra, comprometiendo de esta forma el principio de imparcialidad.

La incorporación de sistemas alternativos de resolución de conflictos es aún muy incipiente, y la mediación como política pública de justicia, aún debe legitimarse entre los ciudadanos, como un mecanismo efectivo de solución de conflictos que potencia el diálogo y la mantención de vínculos familiares y sociales saludables. Es necesario por parte del Estado, el establecer políticas públicas de educación que enseñen a las personas en todos los ámbitos sociales, el valor de ser ellos mismos los gestores de las soluciones a sus problemas. Si esto se realizara, deberíamos esperar que exista una transformación cultural de las relaciones, y que las personas sientan un mayor protagonismo y responsabilidad social en la solución de sus conflictos. Ello es importante, por cuanto el sistema de mediación debe considerarse exitoso no solo cuando descongestiona los tribunales, sino ante todo cuando produce cambios al interior de los miembros de la familia, al hacer que estos se empoderen de su rol pudiendo sustentar por si mismos sus relaciones, dicha cuestión produce que un acuerdo logrado por mediación se haga sustentable en el tiempo, porque la solución a un determinado conflicto ha nacido del propio obligado. En este sentido como consecuencia de este nuevo conocimiento del sistema no adversarial, debería producirse en orden creciente la disminución de causas ingresadas al sistema judicial para la resolución de un determinado conflicto en materia de familia, y con ello un aumento en el cumplimiento de lo establecido en los acuerdos de mediación, esto, en virtud de que los partícipes han sido protagonistas en la creación de la solución a sus problemas, fomentado de esta forma la sustentabilidad del acuerdo. De esta manera los obligados por un acuerdo de mediación, cumplirán de mejor forma las obligaciones que ellos mismos se impusieron, produciendo de esta forma un mayor éxito de los acuerdos alcanzados por mediación.

Frente a la pregunta de si la mediación familiar es el medio idóneo para la resolución de los conflictos familiares, podemos señalar que desde la implementación de la mediación previa y obligatoria en materias de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, sí es el medio idóneo. Los estudios demuestran que este proceso alternativo ha favorecido la descongestión de los Tribunales de Justicia en un 18% y lo más importante a destacar, desde el punto de vista de los usuarios del sistema de mediación, existe un alto nivel de satisfacción del proceso, señalando el 81% de ellos que acudiría nuevamente a la mediación frente a un problema familiar.

Sin embargo, a pesar de lo favorable de las cifras referidas a lo largo de esta presentación, creemos que la mediación familiar es una institución respecto de la cual pueden hacerse aun muchísimas intervenciones para mejorar su gestión y eficacia.

En primer lugar, respecto del Mediador, podemos mencionar que es necesario fortalecer su figura, por cuanto en la implementación del sistema de mediación y los acuerdos en él alcanzados se han observado algunas falencias, entre ellas, ausencia de conocimiento jurídico en algunos mediadores, y de cierta falta de habilidades para llevar a los usuarios a obtener un acuerdo, lo que afecta directamente a la sustentabilidad del acuerdo. Es por ello, que se hace necesario que los mediadores manejen en forma integral los temas de familia, debiendo recibir capacitación permanente a través de clínicas, seminarios, etc., que permitan al mediador adquirir conocimientos no solo en el proceso de mediación en sí mismo, sino que también en otras disciplinas que le favorezcan arribar a un acuerdo de mayor sustentabilidad. La capacitación de los mediadores, no solo debe corresponder al cumplimiento de un requisito para acreditar la capacidad técnica de los postulantes a mediadores licitados, sino que también debe requerirse para que dichos profesionales mantengan tal calidad. En segundo lugar, respecto de la figura del mediador sería sumamente positivo unificar sus criterios, crear instancias donde ellos puedan retroalimentarse de las experiencias de otros pares, crear por ejemplo una revista de mediación familiar

donde se expongan casos que permitan debatir opiniones y consensuar posiciones. En tercer lugar, en los cursos de formación de mediadores, se deben potenciar las habilidades de estos, para lograr alcanzar acuerdos que solucionen los conflictos familiares de fondo y no solo las materias que la ley establece como mediables. El mediador debe tener la capacidad de superar la rigidez inicial de las posiciones de las partes, para conocer y entender a cabalidad cuales son los reales intereses de los afectados por el conflicto familiar, pudiendo de esta forma obtener un acuerdo más cercano a sus necesidades y por ende con mayor posibilidad de cumplimiento en un futuro. El mediador debe tener la habilidad de acercar los intereses de los involucrados, más que las rígidas posiciones de demandante o demandado que acostumbramos a ver en el sistema judicial.

De igual manera creemos importante establecer estándares objetivos de calidad que permitan determinar si un proceso de mediación ha sido exitoso o no. Normalmente diremos que un proceso de mediación ha sido exitoso cuando obtenemos de él, un acuerdo de mediación que será estampado en un acta firmada por los comparecientes que en forma posterior se hará llegar al tribunal de familia para su correspondiente aprobación. En este punto, deberán establecerse indicadores de calidad que permitan determinar cuándo una mediación se considerará exitosa: si se logra obtener acuerdos respecto de la totalidad de las materias sometidas a dicho proceso, parte de ellas, o también respecto de materias que puedan adicionarse por parte de los intervinientes. Dicha cuestión tiene importancia, debido a que los incentivos económicos que reciben los mediadores dicen relación directa con el éxito del proceso. Luego de ello se deberá establecer estándares de calidad respecto de la sustentabilidad del acuerdo, si consideraremos un acuerdo sustentable si mantiene su cumplimiento durante un período determinado de tiempo, por ejemplo 3, 6 o 12 meses.

Por último, somos partidarias de la resolución no adversarial de los conflictos, y especialmente de la mediación en el ámbito familiar. Creemos que estos sistemas de

resolución de disputas, no son sino una aplicación y respeto a los principios democráticos, especialmente el respeto de la libertad del individuo. Es más, reconocemos que las personas tienen el imperativo de solucionar sus problemas en el ámbito familiar, de manera cooperativa y respetuosa junto con los demás miembros de la familia, y de esta forma tender al fortalecimiento de las relaciones al interior del núcleo familiar, las que se ven seriamente agredidas, cuando el conflicto no es resuelto oportunamente, o cuando se resuelve por un tercero que no siempre pondera en forma adecuada la interacción familiar.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALDEA MOSCOSO, Rodolfo, "De la Autocomposición". Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- ALVAREZ Gladys, HIGHTON Elena y JASSON Elías, "Mediación y Justicia". Editorial Depalma, 1996.
- AYLWIN AZOCAR, Patricio, "El juicio arbitral". Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- CARDENAS EDUARDO José, "Familia y el Sistema Judicial". Editorial EMECÉ, 1988.
- CARDENAS EDUARDO José, "La mediación en conflictos familiares. Lo que hay que saber". Editorial Lumen/Humanitas, 1999.
- CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley N°19.968.
- CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley N°20.286, que introduce modificaciones jurídicas y procedimentales a la ley N°19.968.
- ENSAYO: "Mediación Familiar Interdisciplinaria", Edit. B.M.S. Editoriales, 1995.
- CONNELLY, Thomas John, LOISEAU, Virginie "Mediación familiar a partir de los tribunales de familia de EEUU y Canadá", Serie Estudios N°2, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional. 1998.
- DE TOMASSO Antonio, "Mediación y trabajo social". Editorial Espacio, 1997.
- DIARIO LA NACIÓN, fecha de edición 19 de enero de 2006.
- DUPUIS Juan Carlos, "Mediación y Conciliación". Editorial Abeledo- Perrot, 2001.
- ENSAYO: "Mediación Familiar Interdisciplinaria, Editorial B.M.S. Ediciones.
- ERNST & YOUNG, "Mediación familiar", Documento resumen de auditoría.
- ESCRIVÁ J. "Matrimonio y Mediación Familiar". Corriente de opinión de la Fundación Chile Unido, 2003.
- "Evaluación de las intervenciones programáticas hacia los jóvenes", Investigación encargada por la INJUV, 2003.
- GARBBER Carlos, "La mediación funciona". Editorial Abeledo-Perrot, 1996.

- GROSMAN, POLAKIEWICZ, CHAVANNEAU Y OTROS “Los Derechos del niño en la familia”. Editorial Universidad, 1998.
- GROSMAN y MARTINEZ ALCORTA “Familias Ensambladas”. Editorial Universidad, 2000.
- HERNANDEZ Angélica, “Aportes a la psicología, modelo de tratamiento preventivo con familias en pobreza”. UNICEF, Colombia 1992.
- HIGHTON Elena y ALVAREZ Gladys, “Mediación para resolver conflictos”. Editorial AD-HOC, 2000.
- LASCALA Jorge Hugo, “Aspectos prácticos en Mediación”. Editorial Abeledo-Perrot, 1999.
- MARLOW Lenard, “Mediación Familiar”. Editorial Gránica, 1999.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, “Encuesta de satisfacción de usuarios del sistema de mediación familiar.
- ORTEMBERG Osvaldo, “Aspectos jurídicos y prácticos de la mediación”. Editorial Biblos, 1996.
- “Para entender la mediación familiar”, Corriente de opinión de la Fundación Chile Unido, junio 2003, N° 84.
- PARKINSON Lisa, “Mediación familiar: teoría y práctica: principios y estrategias operativas”, Editorial Gedisa, 2005.
- ROMERO NAVARRO, Fermín. “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres: el papel del mediador” En Revista Del Ministerio De Trabajo Y Asuntos Sociales, 2002.
- SPAVIERI Elena, “Principios y Técnicas de Mediación”. Editorial Biblos, 1995.
- TURNER SAELZER Susan, “Los tribunales de familia”, Lex et praxis, Versión on line.
- UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN, “Estudio: calidad del servicio de mediación.”, Licitado por el Ministerio de Justicia, año 2006.
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Unidad de resolución de conflictos, “Estudio sobre la implementación de la mediación familiar previa obligatoria”

Páginas web visitadas:

- www.mediadoresdechile.cl.
- www.bcn.cl
- www.minjusticia.cl