

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO.  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.  
ESCUELA DE DERECHO.

“LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS  
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.  
EN ESPECIAL SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR  
Y SU RECEPCIÓN EN NUESTRO DERECHO”.

PROFESOR GUÍA:

MARCELA FERNÁNDEZ SALDÍAS.

MEMORISTAS:

PAULA FERNÁNDEZ BERNAL.

MARÍA ANTONIETA NAREA OMON.



*“Debes amar la arcilla que está en tus manos,  
debes amar su arena hasta la locura,  
y si no, no la emprendas que será en vano.  
Sólo el amor alumbra lo que perdura,  
sólo el amor, convierte en milagro al barro.  
Debes amar el tiempo de los intentos,  
debes amar la hora que nunca brilla,  
y si no, no pretendas tocar lo cierto.  
Sólo el amor engendra la maravilla,  
sólo el amor consigue encender lo muerto”.*

*Silvio Rodríguez.*

**“A Valo y Pina,  
ayer, hoy y en la eternidad,  
nuestros creadores,  
nuestros auspiciadores,  
nuestros motivadores,  
y por sobre todo,  
nuestros grandes amores”.**

**Valparaíso, agosto de 2.005.**

## INTRODUCCIÓN:

El siglo XX se caracteriza por el predominio de las democracias en nuestro hemisferio, sin embargo pese a la concreción de los postulados de gobernabilidad, aún existen desafíos pendientes.

En el campo político e institucional, la “percepción del desencanto de la democracia”, provocado por los escasos canales de comunicación entre el Estado y sus ciudadanos, la fragmentación de los grupos colectivos en las sociedades civiles, la creciente apatía por la participación pública, el desinterés electoral, los sistemas judiciales insuficientes, semiaccesibles, tardíos e ineficaces, la ausencia de mecanismos de resolución y prevención de conflictos, y el aumento de la violencia y la inseguridad ciudadana; invitan a un nuevo debate.

La crisis de los sistemas judiciales formales, inspirados en el modelo adversarial e impositivo, **afectara el acceso a la justicia**, una de las garantías esenciales para todo Estado de Derecho; siendo el punto germinal para la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, que permita asegurar a todos los ciudadanos, su derecho a vivir en paz y alivianar el trance actual de la tradicional forma de acceder a la justicia.

Así se suma en la concepción de un Estado moderno y democrático, preocupado por el bienestar social, **la exigencia de un sistema de justicia heterogéneo**, en que la tutela de los derechos amenazados de los ciudadanos, recaiga en un poder judicial transparente, ágil y eficiente, y también en la posibilidad de recurrir a otros mecanismos alternativos, más expeditos, rápidos y menos costosos en términos económicos y porque no decirlo emocional, que permitieran soluciones acordes a las propias partes en conflicto atendidas las características de la controversia.

Refuerza la introducción de los métodos alternativos de resolución de conflictos la promoción de la paz social dentro del contexto de la no violencia y el aumento de la participación ciudadana.

Las tendencias modernas en los órdenes jurídicos nacionales, apuntarán a la autocomposición en la resolución de conflictos, desplazándose a las partes (los propios afectados) el protagonismo en la búsqueda y adopción de un acuerdo que dirima sus disputas.

Así en el comienzo del siglo XXI, se presenta el camino de las soluciones pacíficas y colaborativas, dentro de la cultura del diálogo y la participación ciudadana. Este camino fortalece las conexiones de las relaciones personales y la interdependencia social. Se visualiza el conflicto, situación inherente a las sociedades, como una oportunidad de encuentro y transformación, que fomenta el reconocimiento del otro y las capacidades de las personas para resolver las disputas por sí mismas.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos serán uno de los protagonistas en las reformas nacionales a los sistemas jurídicos como parte de la modernización de la Justicia, con el objeto de mejorar el acceso a la justicia. A través de su difusión y progreso, se cosecharán las ventajas esperadas: mejorar el funcionamiento de los tribunales, incrementar el acceso a la justicia, participar en mayor forma la ciudadanía en la solución de sus disputas y finalmente instaurar formas pacíficas, cooperativas y democráticas para abordar las problemáticas sociales.

En nuestro país, también la política pública ha dirigido sus esfuerzos a modernizar la Justicia. En un primer paso, se realizó la Reforma Procesal Penal, y se estableció una nueva política penitenciaria. Posteriormente las acciones se dirigieron al fomento de los MARC, el mejoramiento del acceso a la justicia de los ciudadanos por medio de la información y asistencia letrada, especialmente para los sectores de menor ingreso económico, etc.

Se agrega a lo anterior la dictación de la **Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia**, que comenzará a regir en octubre de 2.005; con la cual se complementa la Reforma al Derecho de Familia nacional iniciada con

la dictación de diferentes leyes sustantivas, como por ejemplo la **Ley Nº 19.355 sobre regímenes matrimoniales**, la **Ley Nº 19.585 sobre Filiación**, y la **Ley Nº 19.947 sobre Matrimonio Civil**.

Por medio de esta ley, se introduce una jurisdicción especializada e interdisciplinaria, con un procedimiento oral, concentrado, informal, **con la implementación de los MARC, sancionados positivamente por el legislador**.

Dentro de este reconocimiento legislativo de los métodos alternativos de resolución de conflictos, la mediación adquiere un papel protagónico en la búsqueda rápida y eficiente de soluciones de conflictos en el ámbito familiar. Este nuevo tratamiento, implica el reto de conocerla, promocionarla y dar una visión nueva a la práctica del derecho, especialmente a propósito de la Judicatura de Familia actual.

Esta labor, nos invita a explorar el universo de la resolución de conflictos, especialmente en el área familiar, a través de nuestra anfitriona: la mediación.

Este viaje, tiene como puerto de partida, el principio de todo: el conflicto, que en el capítulo primero analizaremos brevemente, también en dicho capítulo nos desplazaremos en el océano genérico de los métodos alternativos. El segundo puerto de nuestro viaje, es la mediación familiar, nuestro principal objeto de estudio. Y para arribar a la mediación familiar en nuestro país, en el capítulo tercero exploraremos las circunstancias generadoras de la nueva Judicatura de Familia y finalmente en el cuarto capítulo: la recepción de la mediación familiar en la Reforma de nuestro Derecho de Familia. ¡Buen Viaje!

PRIMER CAPÍTULO:  
SOBRE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS  
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

## I- SOBRE LA TEORÍA DE CONFLICTOS:

El primer paso para aproximarnos a los métodos alternativos de resolución de conflictos.

### A) Sobre la necesidad de una Teoría de Conflicto:

Los desacuerdos originados por intereses contrapuestos, sean individuales o colectivos, son inherentes a la naturaleza humana, lo cual altera la pacífica convivencia necesaria para la vida en sociedad; por lo que podemos afirmar que el conflicto ha estado presente desde el comienzo de la historia del hombre.

El conflicto es un área novel en las ciencias sociales, no existe un desarrollo sistemático que permita establecer una teoría universalmente aceptada de este fenómeno, que describa sus características generales y sea de amplia aplicación. Así generalmente, se utiliza dicho vocablo como un adjetivo, haciendo referencia a un sector de éste, por ejemplo conflicto internacional, conflicto interno, conflicto político, etc. Dicho uso no permite vislumbrar el conflicto en su género, con sus elementos esenciales, identificándolo como una categoría aplicable a cualquier tipo de hecho, sujetos involucrados e intereses.

Un conflicto, ya sea entre individuos, grupos o naciones, tiene determinadas características básicas. Cada disciplina ha contribuido a un mayor entendimiento del conflicto desde un punto de vista específico, pero pocos son los estudios que se han referido al conflicto como entidad

independiente y universal, en cuanto pueda ser aplicable a todo tipo de conflicto interpersonal<sup>1</sup>.

Desde esta óptica, el conflicto amerita una labor investigativa para determinar sus causas, a fin de crear las herramientas que permitan una posible solución de las desavenencias y, en consecuencia, el reestablecimiento de la paz social.

Dicha labor ha sido asumida por diversas disciplinas que se han dedicado al estudio del conflicto. En primer lugar la **sociología**, ciencia que estableció un conjunto sistemático de conceptos sobre la interacción de los individuos entre sí, dentro del grupo que integran y con el grupo mismo.

Dentro de esta disciplina, **Augusto Comte** describió una sociedad autoritaria y con una organización de castas que evitaría el temido conflicto; **Spencer** sólo reconoció el conflicto en el militarismo que él relegaba al pasado, y su confianza en el bienestar que procuraría el desarrollo industrial le imponía descartar el conflicto bélico, que era el único que reconocía; **Durkheim** en las pocas referencias que hace del conflicto, lo presenta como una anomalía social; la **doctrina voluntarista** reconoció en algún momento el conflicto, para luego, abandonar el interés por el conflicto como objeto.

Por lo tanto, pese a los esfuerzos de sus fundadores, esta disciplina no brindó un marco propicio para el estudio del conflicto.

Así se mantiene la necesidad de elaborar científicamente una teoría del conflicto. Esta inquietud toma especial relevancia a partir de la **Primera Guerra Mundial**, la cual produjo alarma en la comunidad internacional, comprometiendo los esfuerzos de juristas y estudiosos de relaciones internacionales, en la búsqueda de métodos para preservar la paz.

No es hasta fines de la **Segunda Guerra Mundial**, en que dicha inquietud es compartida por todas las disciplinas (Ciencias Políticas, Relaciones Internacionales, Jurídicas, Militares, trascendiendo incluso a

---

<sup>1</sup> **ENTELMAN, Remo:** *Teoría de Conflictos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.

disciplinas alejadas de las Ciencias Sociales como las Ciencias Económicas y la Matemática).

Las investigaciones adoptaron diversas denominaciones: **Investigaciones sobre la Paz (Peace Research)**, **Investigaciones sobre la Guerra (War Research)**, **Ciencias de la Paz (Peace Science)**, **Estudios sobre la Paz (Peace Studies)** y **Polemología (Sociología del conflicto)**.

Durante la **postguerra**, surgen teorías del conflicto, utilizando las descripciones de las ciencias del conflicto internacional, sin referirse a las características específicas de esos conflictos.

A partir de **1.970**, la mayoría de los autores conciben el conflicto como **un fenómeno normal de todas las relaciones sociales, que permite análisis y regulaciones destinados a controlarlo y resolverlo**.

Así, surge la **Teoría del Conflicto a secas**, que trata sobre el conflicto en general, como un fenómeno universal, y que lejos de ocuparse de una especie particular de conflicto, trata sobre lo que es esencial a todos ellos, porque el objeto de sus descripciones es el género conflicto.<sup>2</sup>

Sus **áreas de investigación** son: el análisis del conflicto, la previsión o anticipación del mismo, su prevención, el manejo, resolución y terminación.

La sociología, la antropología, el derecho, las ciencias políticas, las ciencias económicas, la psicología social e incluso la biología, dirigirán sus investigaciones a las dinámicas de grupos, la cultura y el conflicto, la ética legal, el rol del sistema legal, los costos del litigio, la violencia en la sociedad y la psicología de la ira, etc. Todos estos esfuerzos permitieron una creciente comprensión de los conflictos y su resolución, y la efectividad de los distintos métodos de resolución de conflictos<sup>3</sup>.

Dentro de las ciencias mencionadas anteriormente, se destacan la antropología y la psicología social.

**Mary Parket Follett**, fue pionera en postular las soluciones integradoras para el conflicto, que implicaban el compromiso y la

---

<sup>2</sup> **ENTELMAN Remo:** (n. 1), p. 24.

colaboración en la búsqueda de soluciones que satisficieran todos los intereses subyacentes.

El psicólogo social **Morton Deutsch** inició sus trabajos en 1.949, con un análisis teórico y un estudio experimental de los efectos de la cooperación y la competencia en los procesos grupales; fruto de estas labores fue su teoría sobre la cooperación y competencia que identifica los beneficios de la estructuración de los grupos para que éstos sean interdependientes desde sus orígenes; existe consenso en calificar dicho trabajo como el trampolín para el aprendizaje cooperativo, siendo su obra "*The Resolution of conflict: Constructive and Restrictive Processes*" (La resolución de conflictos: procesos constructivos y restrictivos) de 1.973 uno de los libros básicos en este campo.

**Roger Fisher** y **William Ury**, complementan las labores anteriores, con el desarrollo de la negociación, descrita desde la perspectiva del Derecho, fundamento teórico que ha sido aplicado a diferentes áreas como por ejemplo la diplomacia internacional, la mediación en divorcio, los negocios, etc.

Otra fuente teórica en la teoría de conflictos y su resolución, es la comunicación; cuyo aporte radica en el análisis de patrones de comunicaciones verbales y no verbales, dentro del marco de las soluciones cooperativas. El trabajo de los profesores de las ciencias de la comunicación **Hocker y Wilmot**, se destaca a través de su libro "**Interpersonal Conflict**", ampliamente utilizados en los cursos sobre esta materia.

Los trabajos posteriores han desarrollados y complementado las bases teóricas fundadas por los autores antes señalados.

En consecuencia, la Teoría de Conflictos es una teoría joven, en busca de un lenguaje propio, nomenclatura suficientemente amplia y conceptos clasificatorios, aceptados por toda la doctrina.

---

<sup>3</sup> **GIRARD Kathryn, KOCH Susan:** *Resolución de conflictos en las escuelas*, Editorial Granica, Buenos Aires, 1997, p.10.

## B) Los elementos del conflicto:

En primer lugar, nos avocaremos a la tarea de responder a la pregunta ¿Qué es el conflicto?:

En la literatura especializada, los autores nos entregan diversas definiciones.

**Deutsch**, en un concepto abstracto del conflicto señala que “*el conflicto existe cuando ocurren actividades incompatibles*”<sup>4</sup>.

Dentro de esta misma línea, **Hockert y Wilmont**, agregan nuevos elementos descriptivos, definiendo el conflicto como “*una lucha manifiesta entre al menos dos partes interdependientes, que perciben objetivos incompatibles, recursos escasos e interferencias de la otra parte para lograr sus objetivos*”<sup>5</sup>.

**Boardman y Horowitz** definen el conflicto como “*una incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo las metas) y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social*”<sup>6</sup>.

De las definiciones anteriores, podemos destacar que el conflicto siempre es fruto o consecuencia de una incompatibilidad, ya sea de actividades, recursos escasos, objetivos o de conductas.

**Pruitt, D. y Rubin, J.** señalan que el conflicto es “*la percepción de divergencias de intereses, o la creencia de las partes de que sus*

---

<sup>4</sup> **GIRARD Kathryn, KOCH Susan:** (n.3), p.18.

<sup>5</sup> **CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL REGIÓN METROPOLITANA:** *Resolución Alternativa de Conflictos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 23.

*aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultáneamente o conjuntamente.* Destaca en este concepto, el vocablo percepción, al considerarse una vivencia de las partes que requiere ser acogida como real, aunque no lo sea<sup>7</sup>.

El sociólogo **Kenneth Boulding**, define el conflicto como “*la situación de concurrencia, en que las partes tienen conciencia de la incompatibilidad de posiciones potenciales futuras, en la cual cada una desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra*”<sup>8</sup>. Basado en su definición, divide el conflicto en tres niveles: **conflictos simples** (personas que actúan por sí mismas), **conflictos de grupo** (subpoblaciones no organizadas), y **conflictos de organizaciones** (las cuales actúan por medio de sus representantes)<sup>9</sup>.

**Rummel**, nos ofrece la siguiente definición de conflicto: “*el choque de poder que se manifiesta en la búsqueda de todas las cosas, o como el conjunto de conducta social, un acontecimiento, o un proceso*”. También considera al conflicto como “*el proceso de poderes que se encuentran y se equilibran*”<sup>10</sup>. **Folberg y Taylor**, consideran la definición de **Rummel** sobre el conflicto, de aplicación universal y general.

Finalmente para **Remo Entelman**, el conflicto es “*una especie o clase de relación social, en que hay objetivos de distintos miembros de la relación, que son incompatibles entre sí*”<sup>11</sup>.

Sin perjuicio que las definiciones antes citadas, adoptaremos esta última definición, en el tratamiento de esta materia, por considerarla de carácter general ya que podemos valernos de ella, para tratar cualquier

<sup>6</sup> **SUARES Marinés**: *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996, p.73.

<sup>7</sup> Citado en **ALLIENDE Leonor, BURGOS Jorge, CORREA Paula, PÉREZ Sandra**: *El Proceso de Mediación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p.22.

<sup>8</sup> Citado en **ENTELMAN**: (n. 1), p. 51.

<sup>9</sup> **FOLBERG y TAYLOR**: *Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigios*, Editorial Limusa, México DF, 1997, p. 39.

<sup>10</sup> Citado en **FOLBERG y TAYLOR**: (n.9), p. 39.

<sup>11</sup> **ENTELMAN**: (n. 1), p. 49.

especie de conflicto que nos interese, sea éste de índole internacional, laboral, familiar o jurídico.

Desde esta definición, podemos señalar que un conflicto esta compuesto por los siguientes elementos:

- 1.- **Relación social.**
- 2.- **Actores del conflicto.**
- 3.- **Incompatibilidad de objetivos.**

El primer elemento del conflicto es la Relación social, definida por **Max Weber** como “*el comportamiento recíproco de dos o más individuos que orientan, comprenden y resuelven sus conductas, teniendo en cuenta las de los otros, con lo que dan sentido a sus actos*”<sup>12</sup>.

Es decir la interacción entre individuos, ya sea individualmente considerados o bien grupos de ellos, estén organizados o no.

Bajo la óptica de la relación social, podemos hacer una primera distinción entre **conflictos intrapersonales** que “*son aquellos que ocurren dentro del individuo, en su subconsciente*”, y los **conflictos interpersonales** que “*son aquellas situaciones que surgen entre individuos o grupos de éstos*”. Sobre estos últimos se preocupa la teoría en estudio.

Para **Folberg y Taylor**, cabe hacer una segunda distinción, entre **conflicto y desavenencia**: Una desavenencia constituye un conflicto interpersonal que se comunica o se manifiesta, un conflicto puede no llegar a ser una desavenencia, si no se le comunica a alguien en forma de incompatibilidad percibida o de reclamación. Por lo tanto, la diferencia entre conflicto y desavenencia radica en la exteriorización o comunicación de la incompatibilidad.

Ahora bien, siendo el conflicto una especie de relación social, con frecuencia nuestra sociedad lo desaprueba por asociarlo a situaciones de triunfo / derrota.

Sin embargo, el conflicto no es necesariamente negativo, censurable o intolerable, ya que éste puede funcionar de maneras importantes y positivas, como contribuir a establecer límites de grupo mediante el fortalecimiento de la cohesión dentro de él; reducir la tensión incipiente al poner los problemas de manifiesto y ayudar a determinar normas de grupo<sup>13</sup>.

Otra ventaja del conflicto es que genera energía creativa y es susceptible de mejorar situaciones. Como señala **Jandt** “el conflicto es deseable pues se ha comprobado que, a través de éste, el hombre es creativo, más aún, una relación en conflicto es una relación, y no la ausencia de ella, dicha relación puede dar como resultado la creatividad, debido a su intensidad “<sup>14</sup>.

En segundo lugar, el conflicto como una especie de relación social, se desarrolla entre personas, denominadas **actores o sujetos del conflicto**.

Estos actores pueden actuar individual o colectivamente, de esta forma surge la siguiente distinción:

❖ **Actores individuales:** Corresponde a personas naturales, pudiendo presentarse en una o ambas partes de la relación. En general todo enfrentamiento posible entre individuos, uno en cada campo conflictual, ejemplo de ello son los conflictos conyugales, entre dos socios, etc.<sup>15</sup>

❖ **Actores plurales o colectivos:** Respecto de este tipo de actores cabe distinguir:

<sup>12</sup> **ENTELMAN:** (n. 1), pp. 46,48.

<sup>13</sup> **FOLBERG y TAYLOR:** (n.9), p. 38.

<sup>14</sup> Citado en **FOLBERG y TAYLOR:** (n. 9), p. 38.

<sup>15</sup> **ENTELMAN:** (n. 1), p. 77.

i) **Actores plurales o colectivos no organizados:** Son aquellos integrados por una pluralidad de individuos independientes, que ocupa uno de los campos del conflicto, no existiendo entre ellos una organización. Este tipo de actor no presenta mayor dificultad pues se asemeja al actor individual.

ii) **Actores colectivos organizados:** Son aquellos en que sus integrantes tienen un tipo de organización, que regula las conductas recíprocas de sus miembros, obligándolos a interactuar como una unidad. Ejemplo de este tipo de actores son: el Estado, o una persona jurídica, la raza blanca, personal administrativo, grupos religiosos, etc.

Todo actor, dentro de la relación social, tiene **conciencia del conflicto**, la cual se refiere a la aceptación o reconocimiento de objetivos incompatibles, respecto de los otros miembros de la relación social. Para algunos autores, **Max Weber, Coser, Park, Kenneth Boulding**, la conciencia del conflicto es un rasgo esencial, es decir, sin ella no hay conflicto; En cambio para otros, como **Dahrendorf y Marx**, la conciencia del conflicto por sus actores no es relevante, ya que ven el conflicto como un fenómeno objetivo, que existe aunque no sea advertido por algunos de sus participantes.

Los actores del conflicto, pueden exteriorizar o manifestar sus objetivos incompatibles, por medio de conductas, actitudes, pretensiones, intenciones, riesgos o amenazas. Esto se denomina por los autores, **percepción del conflicto**<sup>16</sup>.

Puede ocurrir que un actor perciba la incompatibilidad de objetivos y no tener conciencia de estar en conflicto.

De lo anterior, podemos señalar que existe un **“conflicto subjetivo”** en que la incompatibilidad de metas, sería sólo una creencia que se da a nivel intelectual, un sentimiento que todavía se encuentra en el nivel afectivo de

esa conciencia. Por otro lado el “**conflicto objetivo**”, que es aquel en que la incompatibilidad de metas es susceptible de ser demostrada, a través de datos externos.

A mayor abundamiento, **Kriesberg** distingue las situaciones objetivas, entendiéndolo por tales las relaciones entre actores y por otro lado, la creencia de tales actores sobre esas situaciones objetivas; distinguiendo en situaciones conflictivas y no conflictivas. En lo referente a las creencias, destaca que solo puede ocurrir que<sup>17</sup>:

- ambos crean que una relación es de conflicto,
- ambos crean que una relación no es de conflicto,
- uno de ellos crea que es de conflicto y el otro que no lo es.

Otros autores han tratado el **tema de la conciencia y la percepción del conflicto por los actores**, bajo otras denominaciones, así para **Morton Deutsch**, el conflicto puede ser **manifiesto, abierto o explícito**, o bien **oculto, implícito o negado**. Con frecuencia, el conflicto manifiesto abarca componentes simbólicos del conflicto oculto pero se percibe como “más seguro”. Por lo tanto, el conflicto manifiesto entre padre e hijo de lo que concierne a las llaves del automóvil parece más seguro dentro de la discusión, que el conflicto oculto respecto a quién tiene más poder. En consecuencia, en un conflicto manifiesto, los actores tienen conciencia del conflicto, situación que no ocurre en el conflicto oculto<sup>18</sup>.

Respecto a la percepción del conflicto, **Deutsch** distingue seis tipos de conflicto. Cada tipo ofrece un camino distinto para una solución; así como ofrece preguntas útiles para el análisis de un conflicto<sup>19</sup> :

**1.-Conflicto real o verídico:** El conflicto existe objetivamente y es percibido en forma clara; esta tipología del conflicto es la más difícil de resolver amistosamente, a menos que haya suficiente cooperación de las

<sup>16</sup> **ENTELMAN:** (n. 1), p. 77.

<sup>17</sup> Citado en **ENTELMAN:** (n. 1), p. 91.

<sup>18</sup> **FOLBERG y TAYLOR:**(n.9), p.41.

<sup>19</sup> Citado en **GIRARD Kathryn, KOCH Susan:**(n.3), p. 20.

partes para trabajar juntas. Se plantea la pregunta ¿el conflicto existe objetivamente?, ¿es improbable que se resuelva con facilidad?

**2.-Conflicto contingente:** Aquí el conflicto es percibido por las partes involucradas, pero desaparece si los recursos alternativos para resolverlo, son reconocidos o identificados. Es decir, ¿el conflicto depende de circunstancias que se pueden cambiar fácilmente?

**3.-Conflicto desplazado:** El conflicto se ve como distractivo, ya que las partes involucradas hablan y argumentan acerca de situaciones erróneas. Es necesario responder a la pregunta, ¿el conflicto expresado es distinto del conflicto central?

**4.-Conflicto mal atribuido:** El conflicto es entre actores que en principio no están directamente implicados. Se plantea la inquietud, ¿el conflicto se expresa entre partes que no corresponden?

**5.-Conflicto latente:** Aquí el conflicto existe pero no se manifiesta, las personas no viven el conflicto. La pregunta es ¿el conflicto está sumergido, aún no ocurre?

**6.-Falso conflicto:** No hay base objetiva para el conflicto, esto significa mala percepción o interpretación de las intenciones de una de las partes involucradas. Esto quiere decir que el conflicto ¿se basa en una mala interpretación o una mala percepción?

Juntos a los actores, pueden encontrarse otras personas que intervienen en el conflicto, denominadas “*terceros*”.

Para **Entelman**, el conflicto es un fenómeno bipolar, pues encierra todos sus actores, en dos campos enfrentados por la incompatibilidad de sus objetivos. Sin perjuicio de lo anterior, podemos encontrar terceros que intervienen en el conflicto, que para él constituye una excepción a la bipolaridad.

El sociólogo **Georg Simmel**, es el primer autor que aporta una tipología sobre la participación de los terceros en el conflicto, distinguiendo tres categorías<sup>20</sup>:

1) **Los terceros imparciales que no están implicados en el conflicto, pero a quienes se les pide que lo juzguen o le pongan fin:** Corresponde a esta clase los mediadores y los árbitros.

2) **Tertius gaudens, tiers larron (para los autores franceses):** Es aquel no implicado en el conflicto, pero que obtiene de él, beneficios para sí mismo, así como para una de las partes del conflicto. Es decir su intervención esta justificada por el beneficio que representa para uno de los actores.

3) **Tercero que corresponde a la vieja máxima “dividir para gobernar”, “divide et impera”:** Este tercero interviene con el fin de obtener de él ventajas, o espera una posición dominante; sin que importe su intervención beneficios para los actores

Se critica la distinción anterior, pues los conflictos son bipolares, por tanto al hablar de terceros se produce una situación anómala en que existan tres actores.

Por esta razón **Freund**, distingue entre terceros que participan en el conflicto y terceros que no participan:

1) **Terceros que participan en el conflicto:** Son personas que, tarde o temprano, están destinados a integrar el conflicto, en alguna de las siguientes formas:

- ❖ **Alianzas o sus homónimos:** coalición, liga, entente, frente o bloque.
- ❖ **El tercero protector de uno de los campos adversarios.**
- ❖ **El tercero beneficiario,** en el sentido del “Tertius Gaudens” de Simmel.

2) **Terceros que no participan en el conflicto, sino que cooperan a su resolución:** Éstos pueden tener los siguientes roles:

- ❖ **Disuasor,** en el sentido de inducir a alguien a desestimar su posición.

---

<sup>20</sup> Citado en **ENTELMAN Remo:**( n:1), p.133.

- ❖ Persuasor, acción por la cual se motiva a alguien a adoptar una determinada posición.
- ❖ Moderador, mediador, se intenta acercar a las partes.

El tercer elemento del conflicto es la **incompatibilidad de objetivos**. Cada miembro de la relación social, tiene sus propios objetivos, que pueden identificarse con los de otros miembros de la relación. Entendemos por objetivos aquellas metas o intereses de variado índole, a los cuales aspira cada actor. Pero también, puede ocurrir que los objetivos sean incompatibles, de manera tal que los actores entran en conflicto, enfrentándose con oponentes que a su vez pugnan por alcanzar los suyos.

Considerando que los objetivos pueden ser de distinta naturaleza podemos distinguir:

- ❖ **Objetivos concretos:** Son aquellas metas, más o menos tangibles, susceptibles de ser divisibles. Su obtención importa la satisfacción inmediata del actor que conflictua por ellos, dado que tienen un valor ya sea económico o de cualquier otra naturaleza, y lo hace inseparable del objeto mismo. Ejemplos: Cobrar un crédito, obtener el cuidado personal de un menor, adquirir un territorio en una contienda internacional.
- ❖ **Objetivos simbólicos:** Son aquellos en los que en realidad el objetivo exhibido como tal no es la última meta deseada por el actor en conflicto, es decir, la meta que pretende satisfacer se encuentra escondida detrás de un objetivo concreto. Ejemplo: la disputa por un terreno, es un objetivo concreto por tener carácter económico, pero si agregamos que el actor lo disputa en un juicio de partición, por haber sido un bien de su familia, transforma el objetivo concreto en uno simbólico.
- ❖ **Objetivo trascendente:** Es aquel en que el valor mismo está puesto como objetivo, porque no se percibe que este anexo a un objeto tangible y divisible. Ejemplo: pretender cobrar un crédito, porque que el que otro no pague es una inmoralidad que no se puede tolerar.

Otra distinción<sup>21</sup> en cuanto a los **objetivos incompatibles**, se basa en determinar si tiene como causal bienes, principios, territorio o relaciones interpersonales implícitas.

❖ **Los bienes como causa del conflicto:** Estos pueden consistir en dinero tierra propiedades, etc., en general cualquier cosa que represente un valor material. Generalmente los bienes solo son símbolos intereses subyacentes.

❖ **Los principios como causa del conflicto:** Son los elementos no materiales de un conflicto que constituyen valores, por ejemplo la creencia religiosa, ideología política, la reputación.

❖ **El territorio como causal de conflicto:** Este es considerado en un sentido literal y/o psicológico.

❖ **Relaciones interpersonales implícitas como causa del conflicto:** La mayoría de estos conflictos se producen por diferencia de poder.

Una gran disparidad del poder, tienta al más fuerte a imponer su voluntad al más débil y este último, tiende a ofenderse y resistirse. La represión del más débil por el más fuerte, generalmente terminara desembocando en un conflicto.

### ¿Qué es el poder de los actores?

Definir lo que es poder, es una tarea difícil. Una primera dificultad, es el número de lenguajes o discursos en que aparece la expresión, aun si se excluyen los usos figurados o claramente extensivos que de ella se hacen.

Otra dificultad es el número de predicaciones totalmente distintas con que se adjetiva el sustantivo poder, para limitarlo o especificarlo de alguna manera. Tanto en el discurso de las ciencias sociales como en el de las ciencias naturales, existe un vocabulario del poder, así se habla de poder militar, poder femenino, poder político, poder económico, etc. Ante estas

---

<sup>21</sup> **HIGHTON Elena, ALVAREZ Gladys:** *Mediación para resolver conflictos*, Editorial Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 54.

dificultades, concluimos que cada autor o disciplina definirá el poder, de conformidad a sus necesidades teóricas.

Considerando las advertencias anteriores, el poder para la **Teoría de Conflictos**, requiere de un concepto universal, para lo cual hay que destacar que un actor que trata de obtener su objetivo, incompatible con el de su adversario, puede hacerlo ofreciendo el uso de sanciones, amenazas, o bien proponiendo beneficios, o persuasión.

Desde esta óptica, el **poder** *“es el conjunto de recursos de cualquier índole de que dispone cada actor, o cree disponer, para procurar su objetivo”*.

El poder es susceptible de ser calculado, no restringiéndose a una simple operación aritmética. El **cálculo del poder**, se vincula fundamentalmente con el costo de la utilización de los recursos, puede ocurrir que un actor tenga mucho poder pero su utilización sea muy costosa. Dicho costo no necesariamente debe ser económico.

### C) El conflicto como Proceso Dinámico:

Afirmar que el conflicto es un proceso dinámico, significa que está sujeto a la permanente modificación de todos sus elementos.

A medida que se desarrolla el conflicto, cambian las percepciones y las actitudes de los actores que, en consecuencia, modifican sus conductas, toman nuevas decisiones estratégicas sobre el uso de los recursos que integran su poder y, a menudo, llegan a ampliar, reducir, separar o fusionar sus objetivos.

En la dinámica del conflicto, la intensidad de los recursos que utilizan los actores para alcanzar sus objetivos, está sujeta a cambios de nivel, que condicionan las posibilidades y los métodos de administración y de resolución. Una situación de conflicto puede tener períodos de

estancamiento en que aparentemente un statu quo perdura, pero incluso en ese período las percepciones de los actores pueden cambiar.

No se debe confundir la dimensión de poder con su intensidad, ya que son términos relacionados pero distintos, de esta forma la **dimensión del poder** esta dirigida a medir el poder, es decir los recursos de que dispone o cree disponer cada actor, en cambio la **intensidad del poder** se refiere a las variaciones en el uso de los medios o recursos de poder, que utilizan o amenazan utilizar las partes en busca de sus objetivos.

Las modificaciones de la intensidad del poder, dentro de una relación social, se denominan **escalada (aumento de intensidad)**, **desescalada (disminución de intensidad)** y **estancamiento**.

Para precisar estos conceptos debemos referirnos a la **interacción del conflicto**, entendiéndolo por tal *“cuando dos o más entidades realizan conductas recíprocas y pueden detectarse una secuencia de por lo menos dos actos discernibles, tales que el primero pueda razonablemente ser interpretado como parcialmente responsable del segundo”*. Es decir, es un continuo de conductas sucesivas de distintos actores cada una de las cuales puede ser relacionada con la anterior como su consecuencia.

Como ya señalamos, la intensidad del conflicto no es estable en el tiempo. El conflicto, por tanto evidencia aumentos y disminuciones de intensidad, pero con la tendencia a que el proceso de incremento sea más frecuente al de declinación, sin perjuicio de ello, al momento de la resolución el nivel de intensidad se reduce. En ocasiones, el aumento o descenso del nivel de intensidad puede detenerse en un estancamiento que siempre será transitorio, aunque puede que no sea breve, luego de éste la conducta puede descender o aumentar.

Producido un aumento en la intensidad conflictiva de una de las partes (escalada), en ocasiones genera que la otra se vea obligada a responder con una conducta de magnitud mayor, ya que mantener su conducta y soportar la escalada implica someterse a aquel, o fomentar su vocación de escalar. La respuesta con intensidad mayor, genera el círculo de provocar en el otro,

autor de la escalada originaria, una reacción de ascenso de la conducta. Alcanzado un determinado nivel de intensidad, su estancamiento o la iniciación de un proceso de descenso se hace dificultoso. Incluso puede requerir de la intervención de un tercero para lograr desescalamiento y en definitiva lograr la resolución del conflicto.

**Boulding** sostiene que los conflictos tienen su propio **ciclo de vida**<sup>22</sup>. Según esta teoría, los conflictos surgen y existen durante algún tiempo y finalmente desaparecen debido a sus propias tendencias inherentes, sin intervenciones de resolución como la mediación. No obstante, puede transcurrir un lapso considerable antes de que el conflicto se disuelva por sí solo, como lo pone de manifiesto la prolongación de enfrentamientos nacionales y religiosos durante décadas, e incluso siglos.

**Rummel** señala que el ciclo de vida de un conflicto puede dividirse en cinco fases: (1) el **conflicto latente**, (2) la **iniciación del conflicto**; (3) la **búsqueda de equilibrio del poder**; (4) el **equilibrio del poder**, y (5) la **ruptura del equilibrio**<sup>23</sup>.

Este ciclo de cinco fases se ilustra en el siguiente ejemplo: En problemas sobre el medio ambiente, los intereses de la industria maderera con frecuencia difieren de aquellos intereses comprometidos con la conservación, y por lo tanto forman una estructura de conflicto (**fase 1, conflicto latente**). Esta estructura de conflicto puede permanecer latente durante muchos años antes de que surja una situación de conflicto, como la venta de amplios derechos madereros colindando en un área de territorio conservado en estado virgen (**fase 2, iniciación del conflicto**). Después de un acontecimiento desencadenante, como el envío de una compañía maderera de su personal a las áreas ecológicas más susceptibles para delimitarlas, los conservacionistas y la compañía entran en conflicto manifiesto. Esta situación de incertidumbre requiere que cada interés opuesto se prepare para la acción. Estos intereses deben equilibrarse a través de medios de

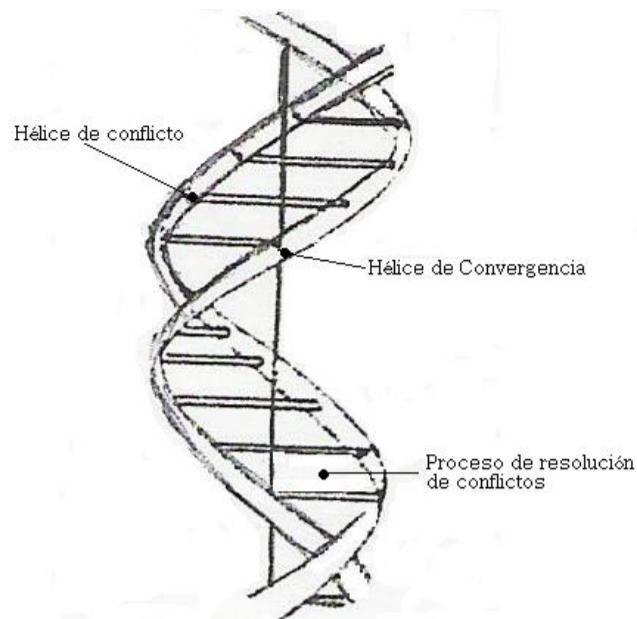
---

<sup>22</sup> Citado en **FOLBERG y TAYLOR**:(n.9), p. 39.

<sup>23</sup> Citado en **FOLBERG y TAYLOR**:(n. 9), p. 39.

coacción, como requerimiento judicial y adjudicación, o a través de métodos no coercitivos de resolución de conflictos, como la mediación (**fase 3, búsqueda de equilibrio de poder**). Los contendientes deben realizar ajustes a través de uno de estos métodos, con el propósito de resolver el conflicto. Después de alcanzar un punto de equilibrio, a través del proceso de resolución de conflicto (**fase 4, equilibrio de poder**), las condiciones se modifican con el tiempo, y el equilibrio de poder y balance que se habían establecido también cambian. Los mercados madereros pueden declinar, o los partidarios de la conservación de recursos pueden modificar su punto de vista acerca de cuál es el grado de daño que el señalamiento de desmonte ocasiona al área virgen contigua (**fase 5, ruptura del equilibrio**).

**Rummel** considera estas fases como una espiral continua, una hélice, que se pone en movimiento mediante el cambio, pero que se moldea a través del tipo de poder o sociedad (de intercambio, autoritaria, o coercitiva), en el cual se manifiesta. Cuando el problema ha atravesado por estas cinco fases, se completa una vuelta de la hélice. Estos cambios en valores y normas pueden afectar la estructura socio-cultural y, a su vez, pueden producir nuevos conflictos latentes (fase 1), o directamente crear un conflicto manifiesto (fase 2) al actuar como un nuevo acontecimiento desencadenante repitiendo el ciclo. Los estudios empíricos, han demostrado que existe cierta validez en su aseveración de que hay tres clases de conflictos manifiestos, cada una de ellas como resultado del sistema de poder que prevalece. Dicha interacción se gráfica con la siguiente figura:



#### D) La Resolución o Terminación del Conflicto:

No es fácil tratar unitariamente y para todos los conflictos, su conclusión, ya que no todos los conflictos ocupan el mismo lugar dentro de las relaciones sociales en que se producen, ni tienen la misma significación para ella.

Hay conflictos que son ajenos a la relación que los alberga, denominados causales o accidentales, respecto de los cuales cabe hablar de **terminación**. Otros son típicos de ella, consustanciales a la esencia del vínculo existente entre los actores; es decir muestran una presencia reiterada en la relación, los cuales se denominan intrínsecos; para estos quedaría reservada la expresión **resolución**.

Sin embargo en el desarrollo de este trabajo, nos referiremos a la conclusión y terminación como sinónimos.

Respecto a la **percepción de los actores de la conclusión del conflicto**, podemos señalar que en ocasiones se explicitan elementos que permiten a éstos deducir que el conflicto ha concluido. Sin embargo en ocasiones puede que esto no ocurra, o bien uno de los actores cree que este ha concluido y

sin embargo el conflicto solo se ha estancado. Es más, en algunos casos son los terceros ajenos al conflicto, quienes resuelven si este ha concluido o no.

También puede ocurrir que se concluya el conflicto, pero se produce un nuevo conflicto respecto a la ejecución o la efectividad de lo resuelto, generando una nueva desavenencia.

Para **Folberg y Taylor**, es necesario responder a la interrogante ¿Cuál es la diferencia entre resolución de conflicto y manejo de conflicto? Si el conflicto es un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes, su resolución y manejo constituyen procesos diseñados para reestructurar dichos propósitos, métodos o conductas<sup>24</sup>.

La resolución de conflictos crea un estado de uniformidad o convergencia de propósitos o medios; el manejo del conflicto únicamente realinea la divergencia, de tal manera que las fuerzas opuestas lo sean en una proporción menor, tanto en distancia como en daño mutuo.

**Folberg y Taylor** definen lo opuesto al conflicto como **convergencia**, es decir los objetivos, procesos, métodos o conductas que crean orden, estabilidad, y unidad de dirección. Al igual que en el conflicto, la convergencia puede interpretarse como una tendencia inherente (estructura de convergencia), unidad lograda de intereses, actitudes o poderes (situación de convergencia), y acciones específicas que abarcan la convergencia (convergencia manifiesta).

El manejo de conflicto no requiere un propósito, método o proceso idéntico, como es el caso de la resolución de conflictos, sino sencillamente aquel que esté suficientemente apto para permitir una evolución sin obstáculo para las entidades individuales.

Si se utiliza la hélice doble de **Rummel**, tanto la resolución de conflictos como el manejo de conflictos muestran un movimiento directo desde la hélice de conflicto hasta la hélice de convergencia, en la primera de ellas a un mayor grado. De hecho, para **Folberg y Taylor**, sería posible

afirmar que el término resolución de conflictos es erróneo, dado que se le califica para las circunstancias que se desea evitar (conflicto), y no para su meta. Posiblemente para ellos, con el tiempo se le conozca como promoción de convergencia.

Aunque se ha concedido mucha atención al conflicto, esta formulación de su elemento opuesto, la convergencia, se ve obstaculizada por las nociones simplistas de que la convergencia es paz, y de que la paz es ausencia de conflicto. La descripción del “ciclo de vida” de la convergencia es un resultado natural del estudio del conflicto y requiere una reflexión mayor.

Hay una tendencia a confundir los modos de conclusión, con los métodos de resolución de conflictos, siendo estos últimos de diversos tipos, en cambio los modos de resolución tienen un número menor.

Los primeros análisis sobre la terminación de los conflictos establecieron los siguientes modos de conclusión de conflicto

❖ **La Imposición:** Este resultado, está influenciado por el pensamiento estratégico militar sobre el conflicto, el cual se entendía como un enfrentamiento de voluntades y su resultado como imposición de la voluntad de uno de los actores, sobre la de su adversario. De esta forma, la imposición es aquel resultado en que el objetivo incompatible era obtenido por uno de los actores del cual se dice que gana (ganador), en tanto el otro veía frustrada la obtención de su meta (perdedor).

❖ **Retirada o Desistimiento:** En este resultado, uno de los actores abandona el conflicto, ya sea explícitamente o implícitamente, al cesar su acción conflictual.

❖ **Conversión o Allanamiento:** En este resultado, uno de los actores concluía el conflicto, porque adoptaba los valores de su adversario, que ahora acepta como propios.

---

<sup>24</sup> FOLBERG y TAYLOR: (n. 9), p. 43.

❖ **Compromiso:** El resultado, comprende un intercambio de concesiones recíprocas que de cierta manera satisfacen, al menos parcialmente, los valores de cada actor.

**Boulding**, señala que el modo de resolución de conflictos más utilizado es el rechazo, pero el modo más extremo es aquel en el cual una de las partes conquista a la otra, con lo que se pone fin al conflicto, mediante coacción o fuerza. Si ninguno de los métodos es adecuado o deseable, es necesario utilizar la categoría de la resolución procesal<sup>25</sup>.

En la actualidad, es posible hacer una distinción de los modos de solución con una base teórica. De esta forma **Entelman** distingue, en atención a los objetivos, entre resultados distributivos y participativos.

❖ **Resultados distributivos:** Es aquel en que todo el objeto de conflicto se otorga a un actor, en desmedro del otro. Se trata de soluciones ganador-perdedor.

❖ **Resultados participativos (también llamados integratorios):** Son aquellos que reestructuran los objetivos, incorporan nuevos valores y son el producto de esfuerzos compartidos en pro de la resolución del conflicto.

Los actores pueden ser partícipes, de las pérdidas ocasionadas por la reestructuración del conflicto, sus objetivos y la forma en que ellos participan. Esta labor de reconstrucción a la cual llegan conjuntamente a un nuevo valor, que permita una solución suficiente y satisfactoria.

Cabe hacer presente, que la distinción anterior, el autor se refiere a modo y no a método, y es por eso que señala, “la distinción entre resultados distributivos y participativos es una cuestión de actitud de los actores y no de métodos<sup>26</sup>”.

**Deutsch**, en atención a los resultados del conflicto, distingue **resultados constructivos** y **resultado destructivo del conflicto**: pérdida mutua (pérdida/pérdida); ganancia para uno y pérdida para el otro (pérdida/triunfo); ganancia mutua (triunfo/triunfo).

---

<sup>25</sup> Citado en **FOLBERG y TAYLOR**:(n. 9), p.43.

<sup>26</sup> **ENTELMAN**:(n.1), p.204.

Otra distinción de los autores, en atención al resultado del proceso de resolución de los conflictos, es:

❖ **Conflictos puros de objetivo único o de suma cero:** Son aquellos que arrojan como único resultado posible, al tiempo de su resolución, un ganador y un perdedor. Es decir si un actor logra su objetivo el otro necesariamente pierde el suyo.

❖ **Conflicto impuros, de suma variable o suma indeterminada:** Son aquellos que arrojan como resultado al resolverse, una distribución de ganancias entre todos los actores. Es decir todos ganan.

La clasificación anterior es criticada por **Entelman**, señalando entre otros argumentos “que afirmar que un conflicto es puro o de suma cero, sólo significa que uno de los actores no comparte con su adversario, la creencia de que existen otras soluciones que beneficien a ambos.” Agrega que “es posible tratar a todos los conflictos con la misma actitud, en busca de soluciones satisfactorias para todos y que no es inevitable producir un ganador y un perdedor por el solo hecho de un objetivo único”.

Los Métodos de conclusión de conflictos: Para **Mirtha Ulloa**, recogiendo una visión contemporánea de las distintas formas de resolución de conflictos, se distinguen entre **métodos o formas adversariales y no adversariales**<sup>27</sup>.

En el primer grupo, las partes están enfrentadas y son contendientes, supliendo un tercero sus voluntades, el cual toma una decisión que generalmente resolverá el conflicto. Por ejemplo, el proceso judicial, el arbitraje.

Los métodos no adversariales, requieren la participación conjunta de las partes, en términos cooperativos y flexibles, adoptando la forma que

---

<sup>27</sup> Citado en **CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL REGIÓN METROPOLITANA:** (n. 5), p.25.

estas mismas definen a fin de obtener un acuerdo mutuamente satisfactorio, independiente de los preceptos jurídicos o los precedentes judiciales. Ejemplo, la mediación, la conciliación, arbitral, ombudsman.

Cabe observar a esta clasificación, la ubicación del arbitraje como método adversarial, excluyéndolo de los métodos alternativos que se identifican con los métodos no adversariales. Al respecto, es una situación frecuente que el arbitraje se ubique en la zona correspondiente al proceso jurisdiccional, por ejemplo para la Unión Europea en su texto sobre Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos; sin embargo existe una posición mayoritaria en la literatura consultada, que incorpora al arbitraje dentro de los métodos alternativos de resolución de conflicto.

Una **segunda clasificación** de los métodos de resolución, distingue entre<sup>28</sup>:

- ❖ **Orden impuesto:** Es aquel en que la solución al conflicto es construida más allá de la voluntad de las partes, mediando acto de autoridad o de poder de un tercero (que se denomina genéricamente juez).
- ❖ **Orden negociado:** La solución de las diferencias es encontrada por los propios afectados, mediando actos de intercambio, con o sin asistencia de un tercero. Cuando la negociación involucra a un tercero que colabora (más o menos activamente) en el proceso; por ejemplo, en la conciliación y la mediación, hablamos de **negociación asistida**, para diferenciarla de la **negociación directa**, en la cual no interviene un tercero.

También podemos distinguir entre los **métodos formales de resolución de conflictos** y los **métodos no formales o alternativos de resolución de conflictos**. En el primer grupo, interviene un tercero el cual tiene facultad para resolver el conflicto e imponer dicha solución a las partes, a través de un proceso judicial, este tercero se denomina Juez, el cual conoce y

---

<sup>28</sup> **ANDUEZA GUZMÁN Pablo:** “Orden impuesto y orden negociado en el campo de resolución de conflictos jurídicos”. Estudios sociales n° 92 trimestre 2 año 1997. CPU. Santiago. pp. 157-172.

resuelve en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. En cambio los métodos no formales o alternativos, están compuesto por todos aquellos métodos distintos al proceso judicial (medio convencional) que se utilizan para la resolución de un conflicto, como la mediación, conciliación, arbitraje.

## II.- SOBRE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

A) ¿Qué son los métodos alternativos de resolución de conflictos?

Elementos para su conocimiento:

Antes que todo, cabe advertir que existen diferentes denominaciones, dependiendo del territorio en que se sitúe su estudio, ya sea desde un punto de vista legal o doctrinario, así se utilizará el vocablo métodos o sistemas, conflictos o disputas, resolución o solución, etc. De esta forma podemos encontrar los SARC (sistemas alternativos de resolución de conflictos), MARC (métodos alternativos de resolución de conflictos), MARD (métodos alternativos de resolución de disputas), MASC (métodos alternativos de solución de controversias).

En el desarrollo de nuestro trabajo, adoptaremos la denominación **Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos**, y su sigla **MARC**.

En una primera aproximación, los **MARC**, son el género de los métodos o medios de resolución de conflictos, contiendas o disputas distintas al proceso judicial, entre los cuales podemos encontrar la

**Conciliación**, la **Mediación**, el **Arbitraje**, etc. También, en algunos países, pueden englobarse en este término, ciertas prácticas culturales o comunitarias, llamados "**sistemas espontáneos o tradicionales**" de resolución de conflictos, por ejemplo la figura del lonco en el pueblo mapuche.

A la pregunta ¿Que son los MARC?, los autores nos entregan variadas respuestas.

La mediadora argentina **Gladys Alvarez**, define los MARC como "*toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto*<sup>29</sup>".

Destacamos esta definición por tener el carácter de general y amplia, además nos permite incorporar al arbitraje dentro del grupo de los MARC, a propósito de la discusión sobre su pertenencia a esta categoría.

En una posición distinta, la **Unión Europea**, en su **Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Resolución de Conflictos**, los define como "*los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje queda totalmente excluido*<sup>30</sup>." Esta definición excluye además, el peritaje, los sistemas de procesamientos de demandas y los sistemas de negociación automática.

En esta definición, destacamos su campo restringido de aplicación, pues junto con excluir el arbitraje, se omiten todas las formas de negociación directa que puedan existir entre las partes, siendo una de las manifestaciones comunes y mayoritarias dentro de los MARC. Además con el calificativo de extrajudicial, también se prescinde de toda gestión al interior del proceso judicial, destinada a obtener una solución por una vía distinta a la sentencia.

Observamos que el elemento esencial de los MARC, es su **calificativo de alternativo**, con lo que se enfatiza sus características colaborativas, de autocomposición y voluntarismo o protagonismo de las partes en

---

<sup>29</sup> **ALVAREZ, Gladys:** "*Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Procesos Judiciales: Experiencias Argentinas*", oficina de Programas y Derecho Interamericano. En [http:// www.oas.org/](http://www.oas.org/).

<sup>30</sup> **UNION EUROPEA:** "*Libro verde sobre las Modalidades Alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*", Bruselas, 2002. En [http:// www.ue.com/](http://www.ue.com/).

contraposición, al modelo formal, adversarial, heterónomo que rige el proceso judicial.

La mención de "alternativos", con que se conocen mayoritariamente a estos métodos, no alude a la pretensión de una privatización de la justicia, que busque su exclusión del marco institucional del Poder Judicial, en el ámbito del Estado de Derecho. Su carácter alternativo, no es sustitutivo del Poder Judicial, pues su incorporación tiene como objetivo la generación de opciones que permitan la resolución pacífica de los conflictos, no la sustitución o corrección de la Jurisdicción.

Por lo tanto, los MARC coexisten con los procesos judiciales, en forma paralela, en su respectivo campo de aplicación.

Los MARC, presentan las siguientes características:

❖ **Son voluntarios, autocompositivos, participativos:** El rol de los participantes es determinante ya sea en la decisión de resolver sus conflictos por una vía distinta a la judicial, la elección del método, las características particulares que el método elegido a adoptar, la finalización de éste y en la adopción del acuerdo respectivo.

Las partes, asistidas o no por un tercero, son las protagonistas en la búsqueda y adopción del acuerdo que dirima su controversia. Es decir la resolución del conflicto proviene de los propios actores del conflicto, lo cual permite un espacio fecundo para la creatividad de las partes en la determinación de la solución, adaptando el proceso a las particularidades de la disputa. Así se aumenta la participación de la sociedad en la solución de sus disputas, promoviendo la paz social.

Con esta ventaja, se obtienen soluciones más adecuadas basadas en los intereses de todos los participantes, logrando acuerdos mutuamente favorables y satisfactorios. Incluso como veremos más adelante, la probabilidad del cumplimiento de los acuerdos obtenidos en los MARC, es superior al porcentaje de cumplimiento espontáneo o voluntario de las decisiones judiciales.

Cabe tener presente, que el grado de cumplimiento de los acuerdos adoptados por intermedio de estos mecanismos, aumenta si reciben algún tipo de reconocimiento de la Judicatura, ya sea como parte de un procedimiento o en alguna instancia en que deben pronunciarse.<sup>31</sup>

Dicha observación, es relevante al momento de incorporar o potenciar estos métodos dentro de un ordenamiento determinado, a fin de otorgarles mayor credibilidad y sustentabilidad.

Es decir; los actores involucrados son activos e intervienen directamente en el proceso de resolución, lo cual permite el empoderamiento de las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, se deberá estar al tratamiento legal de los MARC en los ordenamientos nacionales en que estén recogidos, a fin de determinar la concurrencia de las esferas de la voluntariedad antes señaladas.

❖ **Por regla general son confidenciales:** Existen algunos conflictos que dada sus características, las partes prefieren mantener en reserva su desarrollo y solución, como por ejemplo las disputas entre grandes industrias en que ventilar información podría ser muy perjudicial para la empresa ya sea desde el punto de vista financiero, de imagen ante los consumidores; algo similar puede ocurrir en las desavenencias familiares como divorcio o separación, discusión sobre el cuidado personal de un menor, entre otros. Esto porque las decisiones que se adoptan, solo interesan a las partes, quedando amparadas bajo reserva (salvo excepciones) todas las actuaciones realizadas durante el proceso, no pudiendo revelarse su contenido salvo acuerdo de las partes o excepciones establecidas por los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo en el **Proyecto**

---

<sup>31</sup> **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS, OEA:** *"Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas judiciales de los países latinoamericanos"*, IV REMJA, Trinidad y Tobago, Agosto 2002. En [http:// www.oea.com/](http://www.oea.com/).

de mediación familiar argentino<sup>32</sup> se establece como excepción a esta característica, que el mediador que tome conocimiento en el desarrollo de un proceso de mediación, de la comisión de un delito grave o el abuso de un menor, deberá denunciarlo al juez respectivo y poner fin a la mediación.

❖ **Son informales:** No existe una estructura rígida y preestablecida para la forma en que se va a llevar a cabo el proceso elegido. Sin perjuicio de ello, cada MARC tiene lineamientos básicos para su realización, que son en definitiva los que los diferencian y determinan. Las partes y los terceros (en los métodos en que éstos intervienen), podrán adaptar el proceso a las particularidades del conflicto en que se encuentran inmersos.

Las participantes, tampoco deberán sujetarse a los precedentes judiciales. En aquellas materias en que las partes tengan una libre disposición de sus derechos no estarán obligadas en la búsqueda y adopción de sus acuerdos a seguir estrictamente las normas sustantivas, salvo la sujeción a los límites establecidos en el ordenamiento jurídico (como por ejemplo en nuestro país, el respeto a la moral y buenas costumbres).

❖ **Tienen un carácter no adversarial<sup>33</sup>:** Promueven la cooperación y no la competencia, se rigen por el binomio yo gano - tú ganas, y no por la fórmula de yo gano - tú pierdes.

Vinculada a esta característica, se introduce la cultura del diálogo, por la cual las partes, aprenden y aplican los beneficios provenientes de la comunicación racional, colaborativa y pacífica.

❖ **Son más rápidos y económicos:** Para la mayoría de los autores, los MARC, en comparación al proceso judicial, presentan procedimientos más

---

<sup>32</sup> **DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES:** “*La mediación Familiar, conceptos generales y legislación extranjera*”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Serie de Estudios N° 278, año XIII, Santiago, 2003, p.8.

<sup>33</sup> Reiteramos la observación sobre el arbitraje, que dada la características enunciada, se excluiría de los MARC; sin embargo, como toda regla tienen una excepción la adversariedad, en este caso, la figura en comentario.

ágiles, dinámicos y flexibles, lo que produce una disminución de su duración y sus costos.

❖ **Son transparentes:** En el sentido que los participantes, están informados de las etapas, actuaciones, características y consecuencias del proceso respectivo. Este conocimiento se vincula, a que son las partes las en que mayor o menor medida, hacen el proceso.

Las características antes señaladas, presentan a los MARC en una posición favorable, que ha sido considerada al momento de implementarlos en los ordenamientos jurídicos nacionales; por esta razón, perfectamente las características pueden considerarse también como ventajas de los MARC.

Sin perjuicio de las características favorables, que hemos señalado de los MARC, para algunos autores, la implementación de éstos en un ordenamiento jurídico, puede ocasionar las siguientes desventajas:

❖ Para algunos, sólo a través del pronunciamiento de los jueces, los ciudadanos pueden acceder a la justicia, basados en el concepto de justicia legal, por lo que estos sistemas constituyen lo que se denomina una justicia de segunda clase (*second best*), utilizados por los Estados, ante la imposibilidad de proporcionar a todos sus ciudadanos, la resolución de sus conflictos en la justicia de primera clase, es decir en sede judicial a cargo de los tribunales.

❖ Los MARC favorecerían a las partes más poderosas, es decir quienes están en una mejor posición para negociar, lo cual les permite asegurar la obtención de ventajas en desmedro de los otros participantes. Así por ejemplo en conflictos laborales, de violencia intrafamiliar, criminales y en cualquier otra disputa en que exista una desigualdad de las partes, la intervención estatal es necesaria, pues la autoridad pública basada en los

principios de independencia e imparcialidad, garantiza el respeto de la igualdad ante la ley y la observancia del debido proceso.

Esto puede llevar a la adopción de acuerdos pocos justos, pues la parte más débil, al no equilibrarse las posiciones puede ceder beneficios, o dejar de percibir parte de ellos en pos de un acuerdo inmediato.

❖ Enlazado a lo anterior, los MARC podrían ser utilizados para desvirtuar la voluntad del legislador, general y abstracta, expresada a través de la garantía de la igualdad ante la ley.

❖ Por su propia estructura, los MARC no son susceptibles de generar jurisprudencia. Por ejemplo, en la mediación regida por la confidencialidad, el resto de los integrantes de la comunidad que no participan en ella, ignoraran el conflicto que se intenta resolver y sus resultados, por lo cual carecerán de la información que podría servirles para adaptar sus conductas a los acuerdos adoptados. Por la misma razón, no existe previsibilidad de los acuerdos adoptados en los MARC, pudiendo presentarse decisiones diferentes en supuestos semejantes, lo cual se configura como un atentado contra la igualdad ante la ley.

❖ La desviación del conocimiento de los conflictos de los tribunales de justicia, disminuye la retroalimentación necesaria para que se dicten leyes más acordes con la realidad social.

❖ La inadecuada preparación y la falta de supervisión técnica a los terceros intervinientes, puede afectar la calidad de los acuerdos obtenidos, perjudicando severamente los derechos e intereses de las partes; pudiendo incluso lesionar el derecho a la defensa, especialmente en los sistemas en que no participan letrados sea como tercero o como asesor.

❖ La flexibilidad e informalidad de los MARC, pueden inducir a las partes a confusión, considerándolos como un espacio terapéutico y/o delegando su poder de decisión al tercero interviniente, responsabilizándolo de la solución del conflicto.

❖ No existe claridad sobre la disminución de los costos y el tiempo que reportarían los MARC, en comparación al proceso judicial. A fines de los años 90 se publicó en **Estados Unidos**, el **Reporte RAND**, por el cual se evaluó las experiencias relativas a la mediación y primera evaluación neutral, a la luz de la ley de reforma al sistema de justicia federal. Este informe concluyó que el uso de procesos no obligatorios de ADR (Alternative Dispute Resolution), no disminuyó el costo y demora del litigio, abriéndose el respectivo debate en este país<sup>34</sup>.

Sin perjuicio de las desventajas formuladas doctrinalmente sobre la aplicación de los MARC, éstos son una figura presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

En base al desarrollo teórico y su recepción en las normas nacionales, nos dirigiremos a la **clasificación de los MARC**.

En primer lugar, en **atención a los sujetos que intervienen en la resolución de conflictos**, podemos clasificar los MARC en dos categorías:

❖ **Aquellos en que participan las partes en conflicto, en forma conjunta o separada, sin la intervención de un tercero:** Son aquellos en que las partes, por sí solas, sin la intervención de un tercero, adoptan un acuerdo que dirime su disputa.

En este grupo, se encuentran la negociación, la administración de situaciones conflictivas por medio de encuadres legales, y las múltiples maneras de percibir y enmarcar un conflicto, manteniendo el poder de

---

<sup>34</sup> **PROGRAMA DE MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:** “*El desarrollo de los MASC en el siglo XXI*”, Seminario Internacional sobre métodos alternos en América Latina. Santa Fe de Bogota. Colombia. Julio 1999, p.8.

definir la situación como no conflictiva. Por ejemplo en nuestro país, el principio de la autonomía de la voluntad, permite la negociación amplia destinada a la adopción de acuerdos, pudiendo canalizarse en una transacción o en un avenimiento.

❖ **Aquellos en que participan las partes en conflicto con la intervención de un tercero:** Son aquellos en que la solución de la disputa requiere la intervención de un tercero, atendido a que las partes por sí solas no son capaces de arribar a un acuerdo, dado las particularidades del hecho o sus capacidades.

En esta segunda categoría, los métodos diferirán de acuerdo al grado de participación en la adopción y determinación de los acuerdos.

Así podremos **subdividir este grupo**, en atención al **grado de injerencia del tercero**, desde una intervención menor a mayor:

i) En un plano menor de intervención del tercero, sólo tendrá como misión, facilitar la comunicación y cooperación entre los involucrados, conservando las partes el poder decisorio, sin tener la facultad para sugerir o proponer; aquí se ubica la **mediación**.

ii) En un plano intermedio, agregando a lo anterior, la facultad para sugerir o proponer bases de arreglo a las partes, encontramos la **conciliación** y la **amigable composición (hombres buenos)**. O bien el tercero, puede limitarse a exponer su opinión o conclusión sobre la resolución del conflicto, como por ejemplo en la **Evaluación Neutral de Casos**, o simplemente investigar y recomendar acciones como en el caso del **Ombudsman**.

iii) Si aumentamos las facultades del tercero, éste resolverá la controversia, pudiendo imponer su decisión a las partes. Por ejemplo en el **arbitraje**.

Otra clasificación para distinguir los MARC, es aquella que se basa en la *oportunidad en que éstos pueden ser utilizados, en relación al proceso*

*judicial*, es decir en una **etapa extraprocésal, preprocésal** o bien en una **etapa intraprocésal**:

- ❖ La **etapa extraprocésal** corresponde a una instancia fuera del proceso, sin que implique una etapa previa a un juicio, pues de no obtenerse un resultado positivo, no necesariamente se presentará la demanda que proceda.
- ❖ La **etapa preprocésal** es un paso previo y en algunos ordenamientos jurídicos, necesario antes de la presentación de la demanda en sede judicial.
- ❖ Y finalmente, la **etapa intraprocésal** se presenta al interior de un proceso judicial, sea en una audiencia preliminar o despacho saneador, o en una fase posterior, e incluso en el período de dictación de la sentencia definitiva.

## **B) Historia del movimiento MARC, y los fundamentos de su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales:**

Los MARC son utilizados en numerosos países, datando su uso desde épocas remotas, e incluso anteriores al proceso. Probablemente su historia nace desde que existieron más de tres personas en la Tierra.

Por ejemplo en las primeras comunidades cristianas, se promovía la resolución de sus desavenencias, no en el tribunal, sino por intermedio de personas de su propia comunidad para conciliarlas (1 Corintios 6: 1-4).

En un breve análisis histórico, existen numerosas manifestaciones de métodos alternativos a un proceso judicial anteriores a su concepción moderna, forjada a mediados del siglo XX. Un ejemplo es la **Iglesia Católica**, que ha asumido el rol de mediador entre sus miembros y / o entre sus fieles; dicha labor, se destacó hasta el Renacimiento, siendo probablemente la organización principal de mediación y administración de los conflictos en

la sociedad occidental. Su participación podía recaer en disputas de familia, los casos penales y las diferencias diplomáticas entre miembros de la nobleza.

Otra expresión son los tribunales compuestos por rabinos judíos y europeos, que jugaron un papel determinante, en la resolución de disputas entre miembros de su fe, por medio de utilización de la mediación. Dicha actuación, contribuyó en la conservación de la identidad cultural de los judíos.

En la antigua **China**, la mediación era el principal instrumento para resolver los conflictos. Es así, como **Confucio**, en sus escritos, se refería a la natural armonía que existe en las relaciones humanas que no debe interrumpirse. Para él, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción. La autoayuda unilateral y la intervención de un adversario ponen fin a una relación armoniosa, y por lo tanto serían la antítesis de la paz y la comprensión, que constituyen la esencia de su pensamiento.

Dicho enfoque permanece en la actual **República Popular China**, por medio de los **Comités Populares de Conciliación**, siendo figuras legales relevantes la autodeterminación civil y la mediación como solución a todo tipo de desavenencias.

En la misma región, **Japón** tiene una rica historia en cuanto a la recepción de la conciliación y la mediación. Desde antiguo, el líder de una población tenía el deber consuetudinario de ayudar a los miembros a resolver sus desavenencias. Con la **Segunda Guerra Mundial**, se recoge en normas legales, la conciliación de las desavenencias personales en los tribunales japoneses; esta situación se mantiene hasta la actualidad. La tradición de conciliación y mediación está tan imbuida en la vida del japonés, que algunos autores han afirmado, que en dicho país existen más personas dedicadas a los arreglos florales que abogados. Para algunos autores, esta preferencia por la mediación, refleja la existencia de un sistema de barreras

procesales al litigio formal, así como una preferencia general por una resolución de desavenencias menos formal.

En el **continente africano**, sus etnias originarias otorgaron la labor mediadora a las asambleas, o junta de vecindario, instituciones consuetudinarias, que intervenían en la resolución de una serie de desavenencias interpersonales de una manera cooperativa. El éxito de la asamblea, podría explicarse, por la estructura familiar (clanes) que unen a mayoría de las comunidades africanas.

Algunas **etnias y culturas nacionales** han establecido históricamente sus sistemas de resolución de conflictos, como *un elemento identificador de dicho grupo humano*, eludiendo la imposición de las normas estatales. Grupos de mercaderes, gremios comerciales, gitanos, e incluso el crimen organizado, han respondido a la necesidad común de resolver sus desavenencias, sin la imposición de una autoridad externa, como una forma de conservar su independencia y reglas propias de convivencia. Así la resolución de conflictos interpersonales y comerciales entre miembros de un subgrupo, se entregaba a terceras personas respetadas del mismo. Por ejemplo, en **Estados Unidos**, los **primeros cuáqueros** utilizaron tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales y desacuerdos maritales, sin recurrir al litigio; los **chinos** establecieron la **Chinese Benevolent Association** para resolver a través de la mediación, desavenencias entre miembros de la comunidad y dentro de la familia; también en **1.920**, la **comunidad judía norteamericana** estableció su propio foro de mediación, etc.

En una primera conclusión, podemos señalar que a través del desarrollo histórico antes descrito, los MARC eran (y son) una figura presente en todas las etapas de la evolución de la sociedad, sean occidentales u orientales. Practicados por personas dotadas de entrenamiento informal, teniendo el rol del interventor generalmente en el contexto de otras funciones o deberes.

Sin embargo, en **nuestra cultura occidental**, con el advenimiento del estado moderno y la tendencia codificadora, se intentó que todas las conductas relevantes se prescribieran dentro de los cuerpos legales, a fin que quedaran circunscritas en el ordenamiento legal. Así son los tribunales los encargados de conocer y juzgar las conductas que constituyan un atentado a la ley (conflictos). El esquema institucional que se instauró para la resolución de los conflictos, se basó en el binomio tú ganas – yo pierdo (adversariedad), la formalización, el protagonismo de los abogados, el uso de un lenguaje técnico, la escrituración; todo esto para determinar en primer lugar al culpable del conflicto, luego censurarlo y finalmente castigarlo.

Esta forma de resolución de los conflictos, provocó la judicialización de las relaciones sociales, por lo que se potenció la conducta litigiosa y adversarial.

La mayoría de las soluciones a los conflictos consistieron en reparaciones económicas, a veces insuficientes o improcedentes para el tipo de daño que se intenta reparar.

Sin embargo las consecuencias patentes de la aplicación de este sistema de justicia formal, implicará un **nuevo redescubrimiento de los MARC**.

La cuna de la tendencia que reabre los continentes normativos, se ubica en **Estados Unidos**. La etapa embrionaria se inicia en la resolución de los conflictos derivados de las relaciones obrero-patronales. En **1.913** se creó el **Departamento del Trabajo de los Estados Unidos**, dentro del cual se nombraron los “**comisionados de conciliación**”, quienes debían atender los conflictos entre el sector obrero y el sector patronal. Éstos se transformaron posteriormente en el **Servicio de Conciliación de Estados Unidos**, y en **1.947** se lo reorganizó con el nombre de **Servicio Federal de Mediación y Conciliación**. Dicha política, tuvo como fundamento impulsar una “paz industrial sólida y estable” y “el arreglo de las diferencias entre el empleador y los empleados mediante la negociación colectiva” (**Ley de**

**Relaciones Obrero – Patronales, 1.947)**, a fin de evitar las huelgas o los paros patronales, costosos tanto de los obreros como de los empleadores, y que mejorarían la seguridad, el bienestar y la riqueza de los norteamericanos.

Pero es a partir de fines de **1.960**, que las circunstancias configuran en la sociedad estadounidense, la irrupción de los MARC. Tales circunstancias fueron: la crisis judicial, provocada por el aumento de procesos, a su vez dada por las presiones y el descontento en numeroso frentes; las protestas por la guerra de Vietnam, las luchas por los derechos civiles, el movimiento de la reforma universitaria, la creciente concientización del consumidor; el cuestionamiento acerca de los papeles del hombre y la mujer, y la creación estatutaria de nuevas causas de acción, disminuyeron la tolerancia ante la injusticia y las frustraciones percibidas. Se agrega a lo anterior, el avance de las telecomunicaciones, el transporte, la tecnología, y la multiplicación de las relaciones comerciales, que desencadenan el fenómeno de la globalización, que inmediateza las relaciones humanas, por lo que se requieren soluciones acordes con el ritmo de este siglo, lo que agrava la situación de la Jurisdicción. Asimismo, se observó una mayor aceptación del divorcio como acontecimiento común de la vida. Estos conflictos que en el pasado podrían haberse resuelto a través de deferencia, rechazo, renuncia, o evasión, se llevaron a los tribunales; aumentando considerablemente el número de quejas del orden civil y criminal. Se multiplicaron los expedientes de casos de violencia domésticas. Consecuencialmente los litigios se atrasaron drásticamente, provocando la desilusión del público por la formalidad, los gastos y la lentitud de los trámites judiciales. Dicho descontento por la negativa de acceso a la justicia se manifestó públicamente ante las autoridades.

En respuesta al uso exagerado del litigio, a la insatisfacción popular referente al sistema formal de justicia y a la vez mayor propensión de los estadounidenses a presentar demandas por agravios y quejas, comienza la aplicación de los MARC. Una serie de organizaciones establecidas intentó

proporcionar servicios de mediación y además, surgieron nuevas entidades para satisfacer la necesidad de formas alternativas de resolución de desavenencias.

En 1.964, el **Congreso de Estados Unidos** promulgó la **Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act)**, la cual estableció el **Servicio de Relaciones Comunitarias (Community Relations Service, C.R.S.)**, perteneciente al Departamento de Justicia, con la finalidad de ayudar “a las comunidades y las personas comprendidas a resolver las disputas, los desacuerdos o la dificultades relacionadas con las prácticas discriminatorias fundadas en la raza, el color o el origen nacional” ( **Título X, Ley de Derechos Civiles, 1.964**). Dicho organismo, con presencia en todo el territorio de los **Estados Unidos**, tuvo como herramientas principales la negociación y la mediación, con la finalidad de evitar la lucha callejera y las demandas judiciales.

En el ámbito privado se destaca en la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos, la **American Arbitration Association (A.A.A)**, fundada en 1.926, la cual contribuyó al establecimiento de criterios que en el futuro sentaran las bases de la mediación como método alternativo, con rasgos particulares que la diferenciaran de otras formas resolutorias. Dentro de sus servicios, ofrece capacitación para aplicación de la conciliación, la mediación y el arbitraje en desavenencias relacionadas con el consumidor, la comunidad y asuntos domésticos.

Profesionales de la **A.A.A.**, el **F.M.C.S. (Federal Mediation and Conciliation Service)** y otras organizaciones crearon la **Society of Professional In Dispute Resolutions (S.P.I.D.R.)**, con el objeto de promover un mayor uso de los “neutrales” para resolver todo tipo de desavenencias.

Una serie de secciones de la **American Bar Association (A.B.A)**, formó comités de mediación y arbitraje para explorar la aplicación de resolución alternativa de desavenencias en temas específicos. En 1.976, la **A.B.A.** creó el **Special Committee on Alternative Means of Dispute Resolutions**.

En el ámbito de la mediación familiar, en 1.963 se fundó la **Association of Family and Conciliation Courts**, cuyo rol es promover la resolución de los

conflictos familiares que están siendo conocidos por los tribunales, por medio de la mediación como alternativa para el litigio familiar. Últimamente, la mediación familiar se ha trasladado a la práctica privada, que ha originado la creación de diversas organizaciones nacionales, como la **Family Mediation Association** y la **Academy of Family Mediators**. Así, los sistemas judiciales y los profesionales del área privada, actúan en los procedimientos de divorcio, tenencia de hijos, pleitos entre padres e hijos, conflictos derivados de la adopción, la pérdida de la patria potestad y las disputas conyugales con episodios de violencia doméstica.

En 1.980, el **Congreso de los Estados Unidos**, en respuesta al creciente interés en la resolución alternativa de conflictos, aprobó la **Dispute Resolution Act**, que contemplaba el establecimiento a nivel nacional de programas alternativos para la resolución de desavenencias, dependientes del Justice Department. No obstante, el anuncio de esta iniciativa como un avance en la presentación de alternativas a los tribunales, el Congreso nunca ha asignado los fondos necesarios para su puesta en práctica.

A nivel local en el país federado, cobraron forma numerosos centros de justicia de vecindarios y consejos de la comunidad similares al surgimiento en los años 50, de los “**comités del buen vecino polacos**”. Algunos de estos proyectos locales, estuvieron asociados a los tribunales como parte de programas judiciales de la ciudad, el tribunal o el distrito. Otros fueron programas comunitarios independientes de los organismos gubernamentales, ofreciendo servicios de resolución de conflictos con bases populares; es decir con la participación de los miembros de la comunidad en paneles de mediación o conciliación, que ayudan a los vecinos a resolver sus conflictos; e incluso se califican como la antítesis de cualquier entidad relacionada con los tribunales establecidos.

Estas organizaciones, fueron financiadas con fondos de la comunidad, del gobierno o bien por fundaciones o agencias establecidas. Algunos deben cobrar sus honorarios para poder brindar sus servicios.

A partir de los años 70, los MARC también se expandirán a otra clase de conflictos: los relacionados con el medio ambiente, encontrándonos con organismos como el **Institute for Enviromental Mediation** en el Noroeste, el **Center for Enviromental Conflict Resolution (Resolve)**, actualmente parte de **The Conservation Foundation**, el **Rocky Mountain Center for the Environment (R.O.O.M.C.O.E.)**, actualmente denominado **ACCORD Associates**.

También encontraremos los MARC en el área educacional, a nivel escolar y universitario, con el fin de solucionar conflictos entre los tres estamentos que conforman un establecimiento: estudiantes, cuerpo académico y personal administrativo. Dicha introducción se promueve por grupos religiosos y otros activistas a fin de resaltar la educación para la paz. Ya en la década de los 80, comienzan a surgir las primeras organizaciones y los primeros programas pilotos aplicados. Este movimiento va paralelamente al mayor protagonismo otorgado a los estudiantes al interior de sus establecimientos

En el área penal, los MARC se vincularán a la Justicia Restaurativa. A mediados de los 70, se cuestionará el Derecho Penal como forma de encarar problemas sociales redefinidos, estereotipizados y limitados a la forma de delitos. Esta atención a la manifestación final y externa de problemas sociales más profundos que no eran considerados por el Derecho Penal en sus etapas primarias, el modelo de respuesta punitiva que no daba margen a soluciones reparatorias y reconciliatorias y la expropiación del estado que hace del conflicto sin precaver las necesidades de las víctimas, produjeron una profunda revisión de los fundamentos de la justicia criminal.

Se suma a lo anterior, el principio de oportunidad en el proceso penal, por el cual se busca seleccionar la acción del aparato acusador y sancionador a las conductas de mayor impacto.

Todo lo anterior, permitirá la germinación progresiva de los MARC en el área penal, no sólo a los conflictos ocasionados por la comisión de un delito, sino también a los conflictos que se presentan en los establecimientos carcelarios, adoptando la forma de intervención urgente en

los casos de disturbios en las prisiones, negociaciones por rehenes o procedimientos para atender las quejas.

Por lo tanto, en una segunda conclusión, podemos señalar que las herramientas distintas al litigio para solucionar conflictos siempre han estado presentes al interior de las sociedades, sin embargo el contexto de su aplicación ha cambiado.

De esa circunstancia, su calificativo de alternativos, al aludir a la respuesta a la crisis de los sistemas judiciales provocada por su saturación y burocracia.

Dicho movimiento se traslada a **Canadá** y **Europa**, en diferentes ámbitos como la familia, el trabajo, el consumo, el barrio, etc. En **Inglaterra** el germen se encuentra en la práctica de algunos abogados independientes. En **Francia**, la figura del ombudsman, como un intermediario entre el Estado y sus ciudadanos, es la fuente de desarrollo de la mediación; en **1.995** se dictó la **Ley de Mediación Procesal**, introduciendo explícitamente esta figura, inspirada en el ombudsman sueco.

En nuestra región, a partir de la década de los 90, los países latinoamericanos comienzan las Grandes Reformas a sus sistemas judiciales, que compartirán la crisis antes descrita. Una de las políticas adoptadas en la modernización de la Jurisdicción, son la introducción de los MARC, sea en forma alternativa y complementaria a la acción del Poder Judicial, o bien por intermedio de la derivación de casos dentro del proceso respectivo. Se destaca **Argentina**, país que incorporó la mediación en distintas áreas civiles, primero vía potestad reglamentaria y luego con la dictación de la **Ley N° 24.573** en el año **1.995**, con la cual se establece la mediación como una gestión obligatoria previa a todo juicio civil.

En una tercera conclusión, existe consenso entre los autores que el sistema de justicia formal necesitaba válvulas de escape, que permitieran a los ciudadanos soluciones más rápidas y eficaces a sus conflictos.

En el contexto promovedor del movimiento ADR, la **política neoliberal económica** imperante en la mayoría de los países, impulsará la recepción de los MARC en los sistemas judiciales, bajo su bandera de la “no intervención del Estado”, la cual comprende también el sector de la justicia, el cual debiera entregarse al Mercado y a los mecanismos informales o alternativos. Otra motivación para el impulso a los MARC, dado por la política neoliberal, es que éstos permiten la desformalización y flexibilidad de las transacciones internacionales, desatándolas de las reglas de competencia.

Un concepto vinculado a este punto, es la “**Educación para la Paz**”<sup>35</sup>, noción moderna que comprende el análisis del conflicto, la solidaridad, la tolerancia, el compromiso, la aceptación de la diversidad, la no discriminación, la vivencia de los derechos humanos, la cooperación, el diálogo y las técnicas de resolución de conflictos.

La “**Educación para la Paz**” es definida por **Jacques Semelin** como aquella que tienen por objeto la educación para el control o dominio de los conflictos, es decir, el aprendizaje de la gestión del conflicto por medios distintos a la agresividad y la violencia. Incluso algunos han denominado el fenómeno de difusión y aplicación de los MARC como el "virus de la paz", que se extiende a través de las sociedades haciendo que las comunidades en conjunto disfruten de sus beneficios.

---

<sup>35</sup> **CID Alejandra, SILVA Doris:** “*Mediación Escolar*”, Revista CREA número 3, año 2002, Universidad Católica de Temuco, p. 24.

Complementando este punto, analizaremos los principales fundamentos esgrimidos por los gobiernos locales al implementar los MARC en sus ordenamientos jurídicos respectivos:

❖ Una de las motivaciones que promueven la utilización de los MARC, es aumentar el **acceso de los ciudadanos a la justicia**.

El surgimiento del Estado, se encuentra enlazado a la protección de los derechos de sus ciudadanos, quienes aceptan vivir en sociedad y excluir el uso de medios violentos en la resolución de sus conflictos, a cambio del respeto a sus garantías individuales, por medio del ejercicio de acciones procesales; en simples palabras desde este supuesto arranca la importancia de la Jurisdicción en todo Estado moderno, como el poder encargado de velar por la paz social.

Actualmente el perfeccionamiento y consolidación de las democracias se vincula con los sistemas de justicia nacionales. Los MARC se enmarcan en el anhelado Estado de Derecho, que asegura a todos sus ciudadanos acceso a la justicia y protección de sus derechos. Es deber de un Estado democrático y moderno, preocupado por el bienestar social, proveer a la sociedad de un servicio de justicia heterogéneo, lo cual no será suficiente con la organización de un Poder Judicial transparente y ágil, sino que también con la oferta de otros medios de resolución de conflictos más rápidos, menos costosos y más convenientes.

Tal relevancia, inserta al **derecho a acceder a la justicia** en las Cartas Fundamentales nacionales. Sin embargo, la consagración constitucional será insuficiente si carece de los medios y órganos que efectivicen tal acceso.

Las características de los procesos judiciales, en las últimas décadas, presentan ciertas desventajas como la demora, costos elevados, la lejanía del juez respecto de las partes involucradas, etc., dificulta el ejercicio de este derecho, creando la percepción popular, de la ineficacia e insuficiencia de los tribunales, desalentando a los ciudadanos, del ejercicio de las acciones respectivas, especialmente en la población con menos recursos.

Así es como, **Piero Calamandrei** ha señalado “Al finalizar nuestras discusiones, nos congratulamos de la prometedora continuación de nuestros estudios y del alto nivel alcanzado por nuestra ciencia tanto en Europa como en América: pero con posterioridad nos hicimos la siguiente pregunta: ¿Nuestras construcciones teóricas son verdaderamente útiles a la justicia?”.

La opción de los gobiernos por incorporar los MARC, con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia se han expresado tanto a nivel nacional e internacional.

Por ejemplo, en el plano regional americano, la **III REMJA (Reuniones de los Ministros de Justicia o Procuradores Generales de América - OEA)** celebrada en **Winsor, Canadá**, en el **año 2.001**, reiteró<sup>36</sup> “su compromiso con el mejoramiento del acceso a la justicia de los habitantes de los Estados Miembros de la Organización a través de la promoción y el uso de métodos alternativos de solución de conflictos”.

La opción de los gobiernos por incorporar estos métodos dentro del marco de la modernización de justicia, sea en la Ley fundamental nacional o por intermedio de leyes especiales, responde a la necesidad de descongestionar los tribunales, otorgar celeridad en el conocimiento y juzgamiento de los litigios y mejorar el acceso de la población a la Justicia.

En **Europa** algunos Estados han optado por agilizar sus procedimientos y disminuir los costos, o simplificar los actos de consulta o permitiendo la presentación de la demanda vía electrónica (por ejemplo en **Alemania, Dinamarca, Finlandia e Inglaterra**).

Otra crítica al proceso formal, es su concepción basada en casos excepcionales (excesivo casuismo), cuestionándose su aplicabilidad en términos generales. Bajo este prisma (excepcionalidad) se establecen diferentes instancias y técnicas jurídicas que prolongan y encarecen innecesariamente el proceso.

Dicha situación, margina a un sector de la población, adoptando soluciones deficientes para sus conflictos o bien dejándolos sin solución, lo

cual genera un germen de futuros conflictos, potencialmente más radicales, complejos y violentos<sup>37</sup>.

Así, los MARC suplirían la prestación de un servicio que el Estado no cumple efectivamente a través de los tribunales.

Al finalizar este punto, cabe hacer **una reflexión sobre la relación entre el Poder Judicial y los MARC**, ¿excluyente o complementaria?, ¿la introducción de los MARC dentro de nuestro universo jurídico implica una transformación de la visión del proceso y del Poder Judicial?

A nuestro parecer, la respuesta nace desde la calificación de los métodos como alternativos, es decir existen paralelamente al proceso. No excluyen el ejercicio de la Jurisdicción, pues perfectamente pueden representar un rol en los MARC, ya sea a través de su promoción, ejecución o confirmación. Además uno de los beneficiados con la resolución de los conflictos vía MARC, son los tribunales, pues alivian su carga de trabajo, que traerá consigo la mejor administración del tiempo, mejor calidad de trabajo, mejor optimización de los recursos económicos y materiales, etc.

Los MARC no buscan sustituir a la Jurisdicción, como señala **Enrique Vescovi**<sup>38</sup>, sino permitir a los ciudadanos contar con una forma distinta, que se acomoda mejor a cierto tipo de litigios y que, además, permite un respiro al Poder Judicial, respecto al incesante aumento de la carga de trabajo.

Tampoco implican una privatización de la justicia, pues la oferta por parte del Estado de mecanismos alternativos al pronunciamiento judicial, se enmarca dentro de sus obligaciones para con sus ciudadanos, dentro de los servicios de administración de justicia.

Bajo esta óptica, los MARC son perfectamente combinables con la creación de tribunales, dentro de la política modernizadora de la justicia;

<sup>36</sup> **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS, OEA:** (n. 31), p.4.

<sup>37</sup> **VARGAS, Juan Enrique,** *"Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como alternativa de Política Pública en el Sector Judicial"*, II Jornadas de mediación y Políticas Públicas, CAJ Valparaíso, 2001. En [http:// www.cejamerica.org/marc/documentos/](http://www.cejamerica.org/marc/documentos/).

<sup>38</sup> **VADO GRAJALES, Luis:** *"Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, mecanismos para acercar la justicia a la sociedad"*. En [http:// www.cejamerica.org/marc/documentos/](http://www.cejamerica.org/marc/documentos/), p.3.

pues no son medidas contradictorias, no se oponen, sino que perfectamente pueden integrarse al sistema de justicia formal.<sup>39</sup>

❖ Un segundo fundamento es el **Descongestionamiento de los tribunales:**

Es una realidad compartida en la mayoría de los países, el aumento del número de procesos judiciales, sea por el crecimiento de la población, crisis económicas, la complejización de las relaciones entre los ciudadanos, la disminución de la tolerancia a ciertas conductas, el rol de la mujer, etc.

Para graficar esta situación, el estudio realizado por la **Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, de la Secretaría General de la OEA**<sup>40</sup>, sobre **Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas Judiciales de los Países Americanos**, señaló que de los diez países encuestados, nueve habían adoptado estos sistemas motivados por la modernización de la justicia, la descongestión judicial y la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de los procesos.

Esta situación se enlaza con el primer fundamento, pues la lentitud del proceso como herramienta para la solución de conflictos, afecta la eficiencia y oportunidad de las resoluciones judiciales, tendientes a mantener la paz social. Se hace necesario el establecimiento de mecanismos más ágiles, baratos y flexibles.

Como un remedio a la saturación del Poder Judicial, la política tradicional de los Estados, ha sido la creación de nuevos juzgados, sin embargo la demanda judicial continua sobrepasando la oferta, además de elevar el gasto público. Así sigue siendo una decisión insuficiente que requiere complementarse con otras políticas.

En este punto, **Juan Enrique Vargas** señala una segunda subjustificación<sup>41</sup>: No todo conflicto requerirá el conocimiento por parte del Estado a través de sus organismos jurisdiccionales, especialmente en

---

<sup>39</sup> **VARGAS, Juan Enrique:** (n.37).p.6.

<sup>40</sup> **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS, OEA:** (n.31).p.4.

<sup>41</sup> **VARGAS, Juan Enrique:** (n.37).p.5.

aquellos en que este comprometido solo el interés privado de las partes, como en el área civil y comercial, el beneficio social es mediato así como el uso de la fuerza minoritario. Lo común en estos conflictos, es el compromiso de derechos patrimoniales, perfectamente susceptibles de autocomposición, entre los interesados. De hecho, una figura conocida en nuestra legislación, es el arbitraje, la conciliación y la transacción (negociación).

Bajo esta óptica, los MARC se ubicarían en un plano privado, como una prestación de servicios más en el mercado, un área que no le compete al Estado ofrecer.

Esto no excluye totalmente la participación del Estado, el cual podrá tener un rol promotor y difusor de éstos. También puede asumir un rol financiador, pues al Estado le interesa preservar la paz social, fin sensible a los conflictos no resueltos entre sus ciudadanos, que pueden provocar problemas mayores. El Estado asimismo puede participar en un rol subsidiario, es decir mantener un sistema de resolución de conflictos residual para aquellos casos no cubiertos por el sistema privado por diferentes razones, o en que sea necesario el uso de la fuerza, en una etapa de ejecución.

❖ Un tercer fundamento corresponde a **la calidad de las soluciones adoptadas en los MARC**: El proceso judicial, que termina con la sentencia definitiva pronunciada por el juez que resuelve el asunto controvertido (adjudicación), se basa en la fórmula yo gano - tú pierdes, es decir la prestación que se establece en la resolución judicial a favor de una de las partes, tiene como contrapartida el gravamen que sufre el otro litigante; es un juego de suma cero.

En los procesos de cooperación, como la mediación y la conciliación, el acuerdo adoptado puede beneficiar a todos los involucrados, incorporando los elementos particulares del conflicto en soluciones creativas propuestas por las partes.

Esta cualidad resalta en los conflictos originados en áreas que implican la continuación en el futuro de las relaciones entre las partes, por ejemplo las relaciones de familia, laborales, vecinales y comerciales (si existe habitualidad y el ánimo de continuar la relación).

Además se promueve el diálogo, el protagonismo y la responsabilidad en las soluciones adoptadas.

En el caso del arbitraje, la decisión adoptada puede contener mayor calidad técnica.

Sumado a lo anterior, está el mayor grado de satisfacción personal y percepción positiva de la justicia, de los participantes, que potenciara a su vez las expectativas de cumplimiento del acuerdo.

❖ Un cuarto fundamento corresponde a la **Pacificación social**: Los MARC favorecen la paz social, pues en éstos participan las partes en un campo de comunicación y diálogo, no de enfrentamiento, eligen el método adecuado y desempeñan un papel activo en la búsqueda de la solución conveniente mutuamente satisfactoria.

❖ Otro fundamento es que los MARC, permiten **una solución integral del conflicto**:

Por recaer en las partes, la determinación y adopción del acuerdo que solucione el conflicto es posible obtener la satisfacción efectiva de los intereses, sin que queden parcialidades que generen futuras desavenencias.

### **C) Algunas figuras reconocidas como métodos alternativos de resolución de conflictos:**

Los MARC comprende una serie de procedimientos que emplean técnicas de comunicación y pensamiento creativo para generar soluciones

voluntarias, aceptables para los implicados en una disputa. Estos se encuentran en forma natural en nuestras relaciones, pero a partir de las últimas décadas han sido teorizados, de lo cual derivan sus definiciones y sistematización<sup>42</sup>.

Esto puede provocar la confusión de ciertas figuras. Sin embargo, existe una tendencia para identificar el punto de acuerdo con rasgos definitorios de cada figura, a fin de no confundir a nivel conceptual ciertos procedimientos.

En general los MARC se diferenciarán atendido:

- ❖ El papel de los terceros.
- ❖ La estructura formal de la comunicación entre las partes.
- ❖ El rol de las partes en la adopción del acuerdo final.
- ❖ Los intereses que se sirven a través de la resolución.

Hacemos presente, que en nuestro trabajo, nos referiremos a los **MARC** como procesos, no desde la óptica del Derecho Procesal (proceso judicial), sino bajo una acepción general del vocablo, considerándolo como un conjunto de actos encadenados en pos de un objetivo, en la especie, la resolución del conflicto. Las figuras reconocidas tradicionalmente son:

1. Negociación.
2. Mediación.
3. Conciliación.
4. Arbitraje.
5. Sistemas Espontáneos.
6. Otras figuras pertenecientes a los MARC.

### 1.- Negociación:

Es la fórmula más sencilla, en que las partes sin intervención de un tercero, intentan reflexionar sobre el conflicto que les afecta, intercambiando opiniones, y formulándose mutuamente propuestas de solución.

---

<sup>42</sup> **GIRARD Kathryn:** (n.3), p.67.

Se define como “*un mecanismo de resolución alternativa de conflictos, en el que dos o más partes, previo reconocimiento de sus desavenencias, dialogan directamente, y deciden intentar llegar a un acuerdo sobre dicho conflicto*”.

**Gladys Alvarez** describe esta figura como “*el proceso voluntario, usualmente informal, desestructurado, usado por las partes para lograr acuerdos mutuamente aceptables; no hay tercero neutral, los disputantes pueden o no designar representantes, no hay límites en la presentación de pruebas, argumentos, o intereses, puede llevarse a cabo sin que estén presentes las partes, puede hacerse por teléfono o por correspondencia.*<sup>43</sup>”

Es un proceso presente en todas las actividades de las personas, desde las más cotidianas hasta las más complejas, por ejemplo la elección de una comida, el programa de televisión a ver, etc.

En una primera etapa, la negociación se asoció a la formulación de posiciones opuestas y el logro de la posición de uno de los negociadores, significaba necesariamente la derrota del logro del otro.

El concepto de la negociación como un juego competitivo, de adversarios, de suma cero, bajo la fórmula yo gano/ tú pierdes, que requiere considerables habilidades de juego y de manipulación, fue una descripción constante tanto en los textos especializados como en los libros populares.

Actualmente, tanto la literatura especializada como popular sobre negociación, la identifican con el modelo cooperativo que persigue beneficios mutuos a través del concierto constructivo de desavenencias, haciendo alusión a la fórmula triunfo/triunfo de **Deutsch**.

Para **Folberg y Taylor**, la negociación es el enfoque más agudo y variado para la resolución de desavenencias. No requiere seguir un marco establecido, aunque hay quienes han estudiado de manera sistemática este

proceso. Con frecuencia, se desarrolla la negociación con la participación de abogados u otros terceros, en calidad de representantes de las partes.<sup>44</sup>

Los autores antes señalados, citan a **Williams**, quien esbozó, en base a sus observaciones de negociaciones entre representantes legales, un esquema de este proceso comprendiendo cuatro etapas definidas: (1) Orientación y adopción de una posición, (2) Debate, (3) Crisis, y (4) Convenio o desglose final.

## 2.- Mediación:

Es un método alternativo de resolución de conflictos, en que un tercero neutral, llamado mediador, sin poder de decisión, sin aconsejar ni opinar, conduce el proceso, a fin de que las partes puedan reestablecer sus relaciones, identificar el conflicto y sus causas, y adoptar un acuerdo satisfactorio que solucione el problema que les afecta.

La mediación se caracteriza por ser un procedimiento no adversarial, colaborativo, confidencial (por regla general), de autocomposición e informal.

La mediación se basa en un procedimiento de negociación colaborativa, en que el mediador, guiara a las partes para conocer los puntos de vista, descubrir intereses comunes, crear opciones en las que todos ganan y evaluar opciones, en el marco estructurado de sesiones conjuntas o individuales.

Así el rol del mediador no es decidir la forma de resolución del conflicto, sino facilitar un espacio para sean las propias partes quienes alcancen el acuerdo resolutor por sí mismas.

---

<sup>43</sup> Citado en **CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL REGIÓN METROPOLITANA**:(n.5), p.65.

<sup>44</sup> **FOLBERG y TAYLOR**: (n.9), pp.46-47.

Se destaca la utilización de la mediación en temas diversos como la educación, medio ambiente, vecinales, comunitarios, familia, protección de consumidores, defensorías del pueblo, laborales, etc.

Esta figura, es una de las protagonistas de nuestro trabajo, que trataremos en extenso más adelante.

### 3.- Conciliación:

Este método es "*el mecanismo mediante el cual dos o más partes en un conflicto, asistidas por un tercero facultado para proponer bases de acuerdo, buscan soluciones mutuamente satisfactorias a sus intereses*".

El rasgo distintivo de esta figura, es la participación mayor del tercero en la búsqueda de un acuerdo, pues está facultado para proponer o sugerir posibles formas de acuerdo a las partes; permaneciendo en éstas últimas la potestad para aceptarlas o no y concluir en la resolución del conflicto.

A nivel regional, el documento sobre MARC elaborado por la **Organización de Estados Americanos**, define la conciliación como el "*intento de un tercero, de lograr un entendimiento entre las partes de una contienda o juicio, que implica recíprocas concesiones, para llegar a un acuerdo razonable para ambas*"<sup>45</sup>

Puede presentarse como parte del proceso, como una etapa prejudicial, durante el proceso o como una gestión extrajudicial, como por ejemplo en las conciliaciones administrativas y las conciliaciones en equidad.

Dicha gestión, sea pre, extra o judicial, termina en un **avenimiento, transacción o acuerdo conciliatorio** que tiene fuerza legal y produce los efectos de una sentencia.

---

<sup>45</sup> **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS, OEA:** (n.31), p.7.

Este método está ampliamente recogido en los órdenes normativos, ya sea en los códigos de procedimiento o en leyes especiales, e incluso en algunos países tiene rango constitucional, como por ejemplo en **Uruguay, Colombia y Venezuela**.

Esta figura, será objeto de un análisis mayor, más adelante.

### 3.- Arbitraje:

Etimológicamente viene de la palabra *adbiter*, formada por la preposición **ad** y **arbiter**, que significa *tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia*<sup>46</sup>.

El **arbitraje** es *"el procedimiento en el cual un tercero, ajeno e imparcial, que no actúa con funciones de juez público, y que ha sido nombrado o aceptado por las partes, resuelve un litigio mediante su decisión vinculante y obligatoria"*.

La **American Arbitration Association** lo define como *"la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria"*.

Se caracteriza por ser adversarial, vinculante y más flexible que el proceso judicial, pero menos que la mediación, por la cual las partes en conflicto someten el conocimiento de éste, a un árbitro o tribunal arbitral.

El elemento distintivo de esta figura, es la potestad del tercero para decidir la resolución del conflicto, aún contra la voluntad de las partes.

Debemos hacer presente, que para algunos autores, esta figura se ubica en un área intermedia entre el sistema impuesto (proceso judicial) y el sector negociado (MARC), pues en el caso del árbitro de derecho y el árbitro mixto, comparte elementos tradicionales del proceso judicial, en cambio el árbitro como amigable componedor, se acerca a la concepción de

---

<sup>46</sup> **GOZAINI Osvaldo:** *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, p.115.

MARC, dada la flexibilidad del proceso, que permite una participación mayor de las partes.

El arbitraje por regla general es voluntario, sin embargo existen legislaciones que lo prescriben como forzoso para algunas materias. Los procedimientos son relativamente sencillos.

El campo de aplicación recae principalmente en los asuntos susceptibles de transacción, de carácter patrimonial, especialmente civiles y comerciales. En algunas legislaciones se incorpora en las disputas laborales, por ejemplo negociaciones colectivas. También se presenta en las relaciones comerciales internacionales.

La selección y nombramiento del árbitro, en la mayoría de los países, exige ciertos requisitos, por ejemplo ser personas hábiles y capaces de comparecer en juicio. Generalmente se distinguen "árbitros en equidad o amigables componedores", "árbitros mixtos" y "árbitros de derecho", que deben ser abogados. Excepcionalmente se contemplará el arbitraje de jueces, como por ejemplo en **Ecuador en la Ley de Arbitraje y Mediación de 1.997**.

La sentencia dictada por un tribunal arbitral se denomina **Laudo arbitral**. Generalmente, los árbitros carecerán de imperio para ejecutar lo juzgado, debiendo recurrirse a la justicia ordinaria en esta la etapa de ejecución; por ejemplo en Chile.

## 5.- Sistemas Espontáneos:

Son "*las modalidades que corresponden a prácticas culturales, de tradición y vigencia ancestrales y comunitarias, que logran conocer y resolver disputas entre personas o grupos de personas*"<sup>47</sup>.

Generalmente, los Sistemas Espontáneos conocen los conflictos comunitarios, ya sea en barrios, escuelas, pueblos y comunidades indígenas, con la participación de mediadores o defensores del Pueblo, o en la "justicia local y comunitaria", ya sea en comunidades urbanas y/o rurales.

Existe la tendencia internacional al reconocimiento de los sistemas espontáneos al interior de los Estados.

De hecho la **Organización internacional del Trabajo**, dictó el **Convenio 169 de 1.989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**, que en lo pertinente sugiere en su **artículo 9 número 2** lo siguiente: "En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

En nuestra región, en la última década del siglo XX, **Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela reconocieron** constitucionalmente la autonomía de los pueblos y / o comunidades indígenas y su Derecho, en el marco de la ratificación del **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1.989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**<sup>48</sup>.

El vocablo reconocimiento, implica la aceptación de una cultura pre - existente a la conformación del Estado, por lo que dichas normas no crean comunidades.

Estas reformas importan una nueva óptica en el tratamiento de los pueblos indígenas, ya no como objetos de políticas sino como sujetos políticos.

---

<sup>47</sup> **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS, OEA:**( n. 31), p.9

Este reconocimiento involucra la aceptación de un Derecho Indígena y una Jurisdicción especial.

Dicho reconocimiento es interesante para el movimiento MARC desde dos esferas:

- ❖ Conlleva la existencia de una jurisdicción dentro del ámbito territorial indígena independiente de la jurisdicción ordinaria, con facultades para conocer y juzgar en materias de competencia de los tribunales formales, los cuales son reemplazados por las autoridades locales.
- ❖ Comprende no sólo los MARC (especialmente los sistemas espontáneos), sino también directrices para la regulación de la vida social y el orden público en el espacio territorial, con su propia estructura funcional.

El **Convenio 169** y sus aprobaciones locales, establecen una Jurisdicción especial, que inhibe la actuación de la justicia formal, estando precluida de todas las facultades propias de una jurisdicción ordinaria, como lo son el conocimiento, el juzgamiento y la ejecución (pudiendo hacer uso incluso de la coerción). Dicha potestad recae en una autoridad local (autoridad natural, autoridad legítima), conformada por un individuo o bien por un colectivo (por ejemplo las asambleas o conferencias).

Esta Jurisdicción Especial se vincula con los principios de la autodeterminación de los pueblos o comunidades indígenas, por la cual tienen la autonomía suficiente para regularse por sus propias normas y sujetarse a sus propias instituciones, en el ámbito de su competencia, generalmente determinada por el factor territorial y personal.

En nuestro país, como expresiones de estos sistemas espontáneos, el **consejo de Ancianos de Rapa Nui**, y el **Lonco mapuche**.

Detallando este último ejemplo, en el pueblo mapuche los conflictos se solucionan principalmente a través de **lonco**, pero a su vez se puede recurrir al **machi** o a otra **persona sabia de la comunidad**. El lonco no solo

---

<sup>48</sup> **YRIGOREN Raquel:** "El derecho indígena en los países andinos: ¿Mecanismo alternativo o jurisdicción propia?", Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, año 2003, pp.11-40.

resuelve conflictos, sino también representa los intereses de la comunidad ante terceros<sup>49</sup>.

Por regla general, el lonco interviene personalmente en los conflictos al interior de su familia. En primer lugar, el lonco se reúne con los involucrados en el conflicto, a fin de resolver éste. Si eso no es posible, es necesario que se convoque a toda la comunidad.

También intervendrá la comunidad y la familia, si el conflicto afecta a integrantes de una familia lejana del lonco. En este caso, cumplirá el rol de interlocutor entre los involucrados, su familia y la comunidad, a fin de adoptar en conjunto una solución al problema.

Por ejemplo si hay un conflicto en una pareja se hace un **xapümchen**, reunión a la cual se convocan a todos los miembros de la familia a la cual pertenecen y la comunidad, en ésta se discute sobre las causas del conflicto conyugal y la forma de manejarlas, de tal manera de llegar a una solución, sea ésta la separación, esperar un tiempo o que uno de los dos se vaya a vivir a la casa de un familiar por un tiempo.

Otro ejemplo se presenta a propósito de la muerte de un integrante de la comunidad, luego del funeral se reúne la comunidad en la casa del difunto. En este momento se decide como la distribución de la totalidad de los bienes del causante, por ejemplo la tierra, los enseres, los animales, las joyas, etc., siendo la comunidad testigo, como esa familia resolvió sus problemas de herencia.

Sin embargo, los acuerdos obtenidos en este sistema espontáneo no tienen un respaldo en nuestro ordenamiento. Por tanto en el evento de disconformidad por parte de uno de los miembros de la comunidad, recurrirán a la justicia ordinaria; siendo una situación aislada ya que los miembros de la comunidad por lo general respetan los acuerdos, en caso contrario, la sanción es el reproche social de sus pares.

---

<sup>49</sup> **LILLO Rodrigo, LIBEDINSKY Sofía:** “*Todas las sociedades tienen ciertas normas, y en el caso del pueblo mapuche, estas normas exigen cierto compartimiento frente a todos los elementos de la naturaleza*” *Entrevista al Machi Víctor Caniullan*”, Revista CREA, número 3, año 2002, Universidad Católica de Temuco, pp.113- 121.

Un factor que obstaculiza la permanencia de la situación particular de los mapuches, es la migración campo - ciudad de sus integrantes, reduciéndose la aplicación de estos métodos a las comunidades que aún permanecen en los territorios originarios. Otro factor es la existencia del Sistema Registral llevado por el Conservador de Bienes Raíces, por lo cual todas las transferencias y transmisiones de los inmuebles pertenecientes a miembros de esta etnia (por ser chilenos y encontrarse dentro del territorio nacional) necesariamente deberán respetar las normas de inscripción respectivas; esto implica que una de sus formas de resolución, como en el caso de las herencias, carezca de valor *legal*

## **6.- Otras Figuras Reconocidas en el Derecho Comparado:**

En este punto, mencionaremos en términos generales otros medios alternativos de resolución de conflictos, en que participa un tercero:

### **6.1.- Evaluación Neutral de Casos:**

Es un procedimiento por medio del cual las partes en conflicto, sea por un acuerdo de ellas o recomendación del juez, acuden a un tercero imparcial, experto en el tema controvertido, el cual escucha la exposición de los hechos de las partes, sus fundamentos y sus proposiciones; y luego emite su apreciación del conflicto, la sustentabilidad de los argumentos de las partes y sus posibilidades si iniciaren un juicio.

Su mayor uso recae en conflictos complejos, que requieren conocimiento técnicos o científicos especializados, a fin de cooperar a la correcta comprensión del conflicto por las partes, para que puedan representarse todas las posibilidades que generan una solución.

También es conocida como **Evaluación Neutral de la Prueba.**

---

Es una figura ampliamente utilizada en las **Cortes de los Estados Unidos**, así como en **Australia** y **Nueva Zelanda**. En una etapa germinal se encuentra en **Perú** y **Colombia**.

### 6.2.-Ombudsman:

Es una institución, con origen en **Suecia**, que establece a una persona u oficina estatal o semiestatal encargada de investigar e informar las denuncias presentadas por los ciudadanos en contra de los funcionarios públicos, por actuaciones ilegítimas o por el ejercicio arbitrario de sus funciones públicas; es decir el Ombudsman representa a los ciudadanos frente al Estado, constituyéndose como un medio de comunicación entre la población y las instituciones estatales. Recoge denuncias en el área educacional, empresarial y de salud.

Se incluyen aquí los **Defensores del Pueblo**, encargados de la protección de los derechos ciudadanos. Figura presente en **África** y **Sudamérica**.

Se reconocen como atributos particulares del Ombudsman, su labor promovedora y protectora de la justicia en las organizaciones públicas, con carácter confidencial y sin poder coercitivo; así los resultados que obtenga dependerán de su habilidad de persuasión, negociación y credibilidad.

La motivación de esta institución es la creación de las condiciones necesarias para que los ciudadanos comunes puedan ser escuchados, con equidad y respeto.

### 6.3.- Jueces de Paz:

Antecedente histórico de esta figura se encuentra en **Inglaterra**, en la "**Justice of the Peace**", por la cual se encargaba a jueces de rango menor, el conocimiento y resolución de situaciones civiles específicas, como por ejemplo la celebración de matrimonios, y el conocimiento de algunos delitos menores.

Desde el siglo pasado, en **Latinoamérica**, se ha recogido esta institución, con finalidades similares, es decir la resolución de asuntos civiles de menor cuantía y contravenciones criminales, como por ejemplo en **Perú y Brasil**.

Los jueces de paz, son personas elegidas por la comunidad atendida su credibilidad y autoridad, cuya labor es la resolución de conflictos entre individuos o entre éstos y la comunidad, basados en la equidad y las costumbres del lugar. Por medio de esta institución, se propende al fortalecimiento de la convivencia pacífica en la comunidad, mediante el funcionamiento de sus propias reglas y con la percepción popular que los conflictos tendrán una solución.

A partir de la década de los setenta, renace esta figura en su concepción moderna, a fin de descongestionar el sistema judicial y potenciar la autocomposición. En **Colombia**, se implementó el **Programa de Justicia Comunitaria**, con el objetivo de incentivar a la población a resolver sus conflictos en forma extrajudicial con la participación de conciliadores y jueces de paz, los cuales utilizan técnicas alternativas de resolución de conflictos, a fin de llegar a una solución satisfactoria. Sin embargo, la desconfianza e incredulidad de la opinión pública colombiana, ha obstaculizado la difusión de esta figura.

Del examen de las legislaciones latinoamericanas, las facultades del juez de paz, se asemejan a la del conciliador, con la diferencia de que en el supuesto de no obtenerse un acuerdo en la audiencia, éste podrá ser decretado por el juez.

#### 6.4.- Mini juicio:

Para **Oswaldo Gozaini**, “*es un procedimiento informal, mediante el cual las partes interesadas (o sus representantes de más elevada jerarquía en el caso de las sociedades anónimas) toman conocimiento íntimo y detallado de la disputa mediante su concurrencia a reuniones organizadas por los respectivos abogados de las parte*<sup>50</sup>”

Consiste en la presentación resumida del caso de cada parte, ante un panel de jueces versados en el tema, quienes emiten una valoración no vinculante sobre los posibles resultados en juicio del asunto y promueven el logro de un acuerdo entre los litigantes. También es llamado **minitrial**. Es una figura ampliamente utilizada en **Estados Unidos**.

Es un sistema de encuentro voluntario entre intereses contrapuestos, cuyos operadores directos son los abogados de las partes. El abogado del actor, expone el conflicto, luego los argumentos jurídicos que en su concepción sostienen sus pretensiones, y las pruebas en que fundamenta su postura, principalmente documentales. Una vez terminada la exposición de esta parte, se emplaza a la contraria, quien exhibirá contrapruebas que favorezca su posición y desvirtúen los argumentos de la contraparte<sup>51</sup>.

Las reuniones son informales, sin un plazo determinado de duración, realistas lo que permite acercar las posiciones a fin de adoptar una solución mutuamente satisfactoria, existiendo un balance entre las posibilidades y los riesgos.

**Gozaini** lo califica como un mecanismo extrajudicial que destaca el rol del abogado negociador.

---

<sup>50</sup> **GOZAÍNI:** (n.46), p 318.

<sup>51</sup> **GOZAINI:**(n.46), p.318.

### 6.5.-Oyente Neutral (Neutral Listener):

Esta figura es usada en el ordenamiento jurídico norteamericano, y consiste en que un tercero neutral, libremente elegido por las partes en discordia, que goza de la confianza de ellas, por sus impecables antecedentes o por los conocimientos que de él tengan, recibirá de cada una de ellas una propuesta para sugerir a la contraparte, y evaluar las posibilidades reales de cada oferta, sobre las cuales podrá intentar convenir un acuerdo final<sup>52</sup>.

Cabe advertir, que lo expuesto por cada parte al oyente neutral, queda sujeto a la confidencialidad, existiendo el deber de no revelar las informaciones allí contenidas a la contraparte. Además, sólo si las propuestas hechas por cada parte estuvieren cercanas o fueren susceptibles de concretarse en acuerdo, el procedimiento continúa.

Así la intervención del tercero es confidencial y no es vinculante para las partes, solo las persuade de la conveniencia de llegar a acuerdo.

### 6.6-Arbitraje Delegado:

Es una figura propia de **Estados Unidos**, por la cual, se reconoce la facultad a los jueces, de entregar el conocimiento y decisión de sus causas o parte de ella, que éste actualmente conociendo, generalmente de menor cuantía, a un tribunal arbitral<sup>53</sup>.

Este tribunal se compone por los abogados del condado.

---

<sup>52</sup> **GOZAÍNI:** (n. 46), p.320.

<sup>53</sup> **GOZAÍNI:** (n. 46), p. 322.

### 6.7.- El adjudicator:

Este método de resolución de conflictos es propio de Estado Unidos, y se utiliza principalmente cuando el conflicto puede afectar la imagen pública de una de las partes, o bien provocan revelaciones inconvenientes que los interesados prefieren mantener en reserva, o bien si éstas han optado porque la disputa no trascienda a la justicia formal para evitar la divulgación de descubrimientos o investigaciones científicas o industriales<sup>54</sup>.

En estas hipótesis se encarga el conocimiento del caso al adjudicator.

El adjudicator recibe bajo el compromiso de confidencialidad y reserva la petición y prueba instrumental de cada una de las partes, por lo tanto los participantes ignora la pretensión y actividad probatoria de la otra.

En base a dichas presentaciones, el adjudicator resuelve, sin poder vinculante para las partes. Si las partes no aceptaren lo resultado por el adjudicator, dicha resolución servirá de bases para las futuras negociaciones en busca de un arreglo o transacción. En dichas negociaciones, el adjudicator actuará como un mediador.

### 6.8.- Asesoramiento:

Pese a que no constituye un MARC, por aplicarse al manejo o resolución de conflictos *intrapersonales*, algunos autores como **Folberg y Taylor**, consideran que también puede utilizarse para el manejo de conflictos interpersonales<sup>55</sup>.

Se han integrado a los MARC, algunas adaptaciones del modelo de asesoramiento para uso del conflicto interpersonal, como por ejemplo en la obra **Conjoint Family Therapy (Terapia Familiar Conjunta Satir, 1.976)**.

---

<sup>54</sup> **GOZAÍNI:** (n. 46), p.322.

<sup>55</sup> **FOLBERG y TAYLOR:** (n.9),p.46

El asesoramiento consta de tres pasos básicos: (1) obtener armonía, (2) examinar y evaluar los problemas, y (3) aplicar la intervención apropiada. El asesor debe obtener armonía y proyectar integridad y competencia, de tal manera que el cliente sienta la capacidad de revelar conflictos dolorosos y discutir conductas que han llegado a ser contraproducentes, incómodas, o socialmente inaceptables.

A continuación, el asesor debe evaluar, o ayudar al cliente a evaluar, la diferencia entre el problema expuesto y los verdaderos aspectos emocionales. Finalmente, una vez que los problemas se han identificado, el asesor aplica estrategias de intervención, con el objeto de reducir el conflicto del cliente, y ayudarlo a cambiar su conducta.

En la actualidad, la terapia familiar conjunta se emplea comúnmente para abordar problemas que se originan principalmente entre personas. Usarla para manejo o para resolución de conflictos depende de la orientación y meta del asesor.

### III.- SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN:

#### A) De la Conciliación en especial:

##### 1.- Concepto y clasificaciones de la conciliación:

Etimológicamente el vocablo "conciliación" proviene del latín "**conciliato**" que significa "*composición de ánimos en diferencia*".

La conciliación es un mecanismo no adversarial, en el cual las partes actúan conjuntamente en la búsqueda de opciones que diriman sus controversias, así se devuelve el protagonismo a éstas, pues en su voluntad radica la resolución de la disputa; esta circunstancia fundamenta la calificación de mecanismo resolutivo y autocompositivo de la conciliación.

En el Derecho Procesal podemos encontrar diversos conceptos, por ejemplo el profesor **Jaime Guasp** señala que "*la conciliación es el proceso de cognición especial por razones jurídicas procesales, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal o ulterior, también de cognición, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes.*"<sup>56</sup>

En **Latinoamérica**, la **Corte Constitucional de Colombia** define la conciliación como "*el medio no judicial de resolución de conflictos mediante el cual las partes, entre quienes existe una diferencia susceptible de transacción, con la presencia activa de un tercero conciliador, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas planteadas por las partes o por él mismo, buscan la forma de encontrar*

---

<sup>56</sup> **VADO GRAJALES Luis:** "*Concepto e historia de la Conciliación*", Revista de la Universidad U.A.Q, número 10, semestre de julio-diciembre de 2002, México D.F. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>, p. 2.

*solución y superar el conflicto de intereses existente".*<sup>57</sup>

**Mirtha Ulloa González** señala que la conciliación, ya sea extrajudicial o judicial, "*es un proceso a través del cual, un tercero neutral, intenta avenir a las partes en conflicto, proponiéndoles bases de arreglo para ello*".<sup>58</sup>

La conciliación, según el profesor **Cassarino**, basándose en el tratamiento legal dado a ésta, es "*una manera de poner término a los juicios civiles, salvo las excepciones legales, mediante el acuerdo directo de las partes, producido en razón de proposiciones de base de arreglo formuladas por el tribunal*".<sup>59</sup>

Basándonos en el tratamiento positivo que nuestro ordenamiento le otorga a la conciliación, se define como "*la gestión judicial, cuya finalidad es obtener una solución anticipada del conflicto, que ha motivado el proceso y que consiste en el llamado que hace el juez por propia iniciativa a las partes litigantes, para lograr un acuerdo de voluntades que ponga término al litigio en forma total o parcial.*"<sup>60</sup>

De los conceptos antes señalados, podemos identificar como elemento común, la intención de solucionar pacíficamente los conflictos, que enfrentan voluntades discordantes, acuerdo que se puede obtener antes, dentro o fuera del proceso judicial.

De lo anterior surge una **clasificación de la conciliación**, dependiendo de la etapa del proceso en que se presente puede ser:

i) **Conciliación preprocesal o conciliación extrajudicial:** Es aquella que promueve la resolución del conflicto antes de iniciar un litigio judicial, por medio de fórmulas compositivas, dirigidas por un tercero -conciliador- designado por las partes involucradas, de común acuerdo o seleccionado de instituciones autorizadas.

<sup>57</sup> **VADO GRAJALES Luis:** (n.56), p.2.

<sup>58</sup> Citado en **CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL REGIÓN METROPOLITANA:** (n.5), p.68.

<sup>59</sup> **CASSARINO Mario:** *Manual de Derecho Procesal, tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p.379.

<sup>60</sup> **BALBONTÍN RETAMALES Alberto:** *Apuntes de clases de Derecho Procesal I*, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso.

La conciliación preprocesal puede ser **obligatoria**, como un presupuesto necesario para la admisibilidad de la demanda, en un juicio posterior, ineludible para el ejercicio de la futura acción, o bien **voluntaria**.

La conciliación preprocesal obligatoria ha recibido críticas, pues es considerada como un obstáculo para el acceso a la justicia e ineficaz, lo que ha llevado a su derogación en varias legislaciones, o bien a su traslado a sede judicial.

Las gestiones realizadas por el conciliador para solucionar equitativamente el conflicto, no convierte lo actuado en proceso judicial, sino que es un simple procedimiento voluntario, que busca atenuar las pretensiones extremadas por el conflicto, limando asperezas a fin de facilitar el acercamiento y diálogo en pro de un acuerdo autocompositivo. En definitiva, la solución depende siempre de lo que las partes resuelvan, y no de la fórmula que el conciliador proponga.

Desde el punto de vista de los resultados, en el caso de la **conciliación preprocesal o extraprocésal**, ésta puede concluir en una transacción u en otra convención que finalice el conflicto. Para estos actos de composición voluntaria, es aconsejable, y así lo han recibido algunas legislaciones, un pronunciamiento del juez, ya sea a través de una aprobación u homologación, a fin de potenciar su cumplimiento en el transcurso del tiempo.

**ii) Conciliación procesal:** Se enmarca como una etapa del proceso judicial, que consiste en el llamado que realiza el juez a las partes litigantes, a fin de que éstas adopten un acuerdo que finalice el juicio. El tercero está facultado para proponer bases de acuerdo, pero recae en las partes la decisión de adoptarlas, y precisar su alcance.

La introducción de la conciliación como acto del proceso, persigue obtener una solución que evite la prosecución indeterminada de un juicio.

La facultad del tercero para proponer a las partes bases de acuerdo, puede provocar la percepción en éstas, de predeterminedar la posición del juez respecto a sus pretensiones. Sin embargo, es esencial a la función

conciliadora, la facultad del tercero para proponer bases de arreglo, que puede o no ser un juez (como por ejemplo en nuestro país).

El legislador, considerando esta percepción de las partes, prescribe que las proposiciones hechas por el juez en la etapa de la conciliación no importan un prejuizgamiento ni lo inhabilitan para seguir conociendo el juicio, si no se obtuviere acuerdo.

Desde el punto de vista de los resultados, la **conciliación procesal**, en su acepción amplia como toda forma que busca un acuerdo, concluirá en un avenimiento, que puede contener el desistimiento de una(s) de las pretensiones sostenidas, la aceptación de alguna(s) de las pretensiones de la contraparte, la prórroga de la(s) obligación(es), su novación, etc.

Una segunda clasificación de la conciliación, considera sus resultados, distinguiendo entre conciliación total y parcial.

Es **total**, aquella que pone fin a todas las cuestiones controvertidas del pleito; y **parcial**, aquella que resuelve uno o algunos de los puntos discutidos. Por ejemplo en nuestro país, esta recogida esta clasificación, en el **artículo 263 y 267 del Código de Procedimiento Civil**.

La conciliación presenta **dos ventajas**, que se analizarán según los resultados obtenidos.

La primera posibilidad, en caso de producirse un acuerdo, presenta ventajas evidentes, como lo son la obtención de una solución en un menor tiempo, con menores costos económicos y elaborados por las propias partes que diseñaran una solución acorde a sus propias necesidades.

La segunda posibilidad, que no se adoptare un acuerdo, igualmente acarreará ventajas. Si se opera en el ámbito preprocesal, servirá para que las partes concreten sus pretensiones futuras y conozcan, de alguna manera, la factibilidad de posibles acuerdos en prospectiva. Si fuese en el ámbito procesal, la ventaja inmediata, es el conocimiento que tomará el juez

del problema que se someterá a su resolución y las partes que sostienen las pretensiones que lo originan.

El expediente perderá la frialdad de su contenido para convertirse en un juego de emociones y sensaciones conocidos, tendrá una cara a recordar y una inteligencia a deducir. El comportamiento de las partes no siempre se advierte con claridad, de la sola lectura de sus presentaciones escritas, siendo menester convenir que la intermediación consigue mejores resultados por la conexión directa con los hechos, y con las personas que los sostienen.

## 2.- Naturaleza jurídica de la conciliación:

Al referirnos a las formas de solución de los conflictos, en nuestra enseñanza, podemos distinguir la **autotutela**, la **autocomposición** y el **proceso**. Sin embargo este esquema puede diferir en otros autores, así por ejemplo, el profesor **Nicetó Alcalá Zamora**, distingue la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición.

Para nuestra doctrina, dentro de nuestro ordenamiento procesal civil, la conciliación se ubica como un equivalente jurisdiccional, junto a la transacción y la sentencia extranjera, todas dentro de la categoría de la autocomposición.

Citando una posición diferente, el profesor **Jaime Guasp** la ubica en el área de la heterocomposición, pues la solución al conflicto se obtiene con la intervención de un tercero, el juez; a diferencia de la autocomposición en que son las partes quienes adoptan el acuerdo que finaliza el litigio, con exclusión de otros actores<sup>61</sup>. Sin embargo esta óptica, puede tener la siguiente observación a la luz de nuestra legislación, la conciliación es el acuerdo obtenido por las partes litigantes, el rol del juez es proponer bases de acuerdo, y no imponerles una solución determinada.

---

<sup>61</sup>Citado en **VADO GRAJALES Luis**: (n.56), p.4.

## B) DE LA MEDIACIÓN EN ESPECIAL.

### 1.-Concepto:

#### 1.1.-EL Desarrollo del concepto de Mediación.

En la tarea de reunir conceptos nos encontramos con varias dificultades

En primer lugar, en la actualidad existen diferentes usos de la palabra mediación. Por ejemplo, en un sentido natural y obvio, el **Diccionario de la Real Academia Española**, nos ofrece siete acepciones del vocablo mediación: *“Llegar a la mitad de una cosa, interceder o rogar por uno; interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad; existir o estar una cosa en medio de otras; dicho del tiempo, pasar, transcurrir; ocurrir entretanto alguna cosa; tomar un término medio entre dos extremos”*.<sup>62</sup>

En segundo lugar, es incipiente el tratamiento sistemático de esta figura, diferenciándola de los otros MARC, pues su origen se vincula a otras figuras semejantes, adquiriendo autonomía sólo en las últimas décadas.

En tercer lugar, la mediación tiene un campo de aplicación tan extenso que no permite una definición estricta, pues confluyen en esta institución variadas ramas, como por ejemplo, el derecho, la psicología, la sociología y el trabajo social.

En una primera aproximación al concepto desde un punto de vista jurídico, podemos señalar que *“es la instancia de encuentro entre dos partes en conflicto, con la intervención de un tercero imparcial, que las guía, con el*

---

<sup>62</sup> **LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE):** *Diccionario*, Editorial Espasa – Calpe S.A. Vigésima primera edición, 1992, pp. 951 y 952.

*objeto de negociar acuerdos consensuados y sustentables en el tiempo, con carácter vinculante ante la ley.*"<sup>63</sup>

La tendencia contemporánea, destaca y configura a la mediación como una institución autónoma, inserta dentro de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, de amplia difusión y práctica en **Estados Unidos y Canadá**, países desde los cuales emerge este movimiento.

De acuerdo a la literatura norteamericana, podemos distinguir la mediación en un **sentido amplio** y en un **sentido restringido**.

En primer lugar, en un **sentido amplio**: "*la mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable.*"<sup>64</sup>

En un sentido **restringido**: "*es un procedimiento por el cual un tercero, ayuda a dos o más partes a lograr su propia solución en una o más cuestiones.*"<sup>65</sup>

Siguiendo las doctrinas norteamericanas, la **Escuela de Mediación de Quebec**, define la mediación como "*la búsqueda de una solución justa y equitativa de un litigio contando con un actor imparcial para llegar a acuerdo satisfactorio de las partes*".

Desde un punto de vista doctrinario, para algunos autores la mediación es un **proceso**, es decir una sucesión de etapas, las cuales variarían según el modelo elegido, el campo de aplicación, el contexto en que se desarrolla y la profesión de origen del mediador.

**Folberg y Taylor**, adhieren a esta posición, señalando que la mediación es, por principio y sobre todo, un proceso que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver. Así, la definen como, "*el*

---

<sup>63</sup> **VASQUEZ VARGAS, David**: "*La mediación Familiar: Una mirada desde las ciencias sociales*", Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones N° 279, Julio 2003. En <http://www.bcn.cl/publicaciones/>.

<sup>64</sup> **CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE LA REGIÓN METROPOLITANA**: (n.5), p. 44.

<sup>65</sup> **CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE LA REGIÓN METROPOLITANA**: (n.5), p. 44.

*proceso mediante el cual los participantes junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.*<sup>66</sup> En este proceso, destaca la voluntad de los participantes, en la toma de decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes.

Folberg y Taylor, señalan que la forma más útil de observar la mediación es considerarla como una intervención de solución de problemas, dirigida a una meta.<sup>67</sup>

Bajo esta óptica, su objetivo será resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones. Incluso en el supuesto de adoptarse acuerdos parciales, la causa esencial del conflicto podrá ser entendida por los participantes y reducirse a un nivel manejable.

Por lo tanto, algunos consideran que la meta principal de la mediación es el manejo del conflicto y no la resolución de la desavenencia, por eso parte de la literatura se refiere a la **mediación como un proceso de manejo del conflicto**. La desavenencia manifiesta que debe resolverse y la causa esencial del conflicto que puede dilucidarse, son metas complementarias y realistas de la mediación.

Siguiendo la postura que considera la mediación como un proceso, Sharon Press, la define como *“un proceso en el cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes – que pueden ser dos o más – y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta.”*<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> FOLBERG y TAYLOR: (n. 9), p. 27.

<sup>67</sup> FOLBERG y TAYLOR: (n.9), p.28.

<sup>68</sup> Citado en GOZAÍNI: (n. 46), p. 15.

Cabe hacer presente en este punto sobre el concepto de mediación, que también influirá en su contenido definitorio la Escuela o raíz teórico que inspire o haya formado al mediador. Ya que en el desarrollo de la mediación, como MARC, han surgido diferentes escuelas, las cuales en su estudio y promoción, han aportado sus **propios modelos** para llevar a cabo el proceso de mediación, los cuales deben ser considerados al momento de definir y caracterizar a la mediación. Entre éstos podemos mencionar<sup>69</sup>: **Modelo Transformativo de Bush y Folger; Modelo de negociación según principios de la Escuela de Harvard; Modelo circular narrativo; Modelo de mediación de Québec, etc.**

Éstos serán aplicados en la mediación, dependiendo de la persona del mediador y su formación. Sin perjuicio de lo anterior, el mediador deberá considerar la naturaleza del conflicto, las partes, sus habilidades, etc. para en definitiva impregnar con sus propios elementos, el modelo elegido, creando en consecuencia su propio modelo.

### 1.2.- La Mediación desde las Ciencias Sociales<sup>70</sup>:

La mediación es una alternativa extrajudicial de resolución de conflictos, en la cual confluyen diferentes áreas de las ciencias sociales, atendida las características propias del proceso, como por ejemplo las interrelaciones que se presentan entre las partes en conflicto, la forma de abordar el problema, su repercusión como aporte a mantener la paz social, etc. Por esta razón encontraremos al Trabajo Social, la Psicología y el Derecho vinculados con la mediación.

---

<sup>69</sup> **ALLIENDE, BURGOS, CORREA y PÉREZ:** (n.7), p. 22.

<sup>70</sup> En este punto seguiremos a **VÁSQUEZ VARGAS, David:** (n.63), p.3.

El **Trabajo Social** es una disciplina enfocada hacia las diferentes necesidades que pueda presentar un grupo humano, ya sea a nivel vecinal, comunal o regional. La concreción de una vivienda digna, los requerimientos en el área de la salud, los litigios judiciales, la cesantía etc., son situaciones que requerirán un abordaje que contemple soluciones idóneas para los afectados, en atención a sus características personales y la dinámica particular de su entorno. De esta idea, podemos concluir que la acción de mediar, negociar, conciliar y arbitrar es una función propia de esta profesión.

La mirada desde el trabajo social puede ser dividida en tres ópticas:

❖ Por ser una actividad inherente al Trabajo Social, la mediación está inserta en su matriz. En los diferentes ámbitos de interacción entre los ciudadanos entre sí, como por ejemplo al interior de una familia, o entre éstos y los entes colectivos (estatales y privados), el trabajador social encuentra su campo de acción, bajo la bandera de obtener el acercamiento y fortalecimiento de las estructuras, por medio de la facilitación de la comunicación, la información y la negociación. El ambiente próximo que rodea al individuo, es un ámbito fértil para la acción del trabajador social, ya sea en las relaciones de los individuos al interior de su núcleo familiar o bien con el resto de la comunidad en situaciones conflictivas. El objetivo basal de esta técnica será potenciar en las personas la capacidad para resolver sus problemas (autocomposición), en una negociación directa cuyos resultados sean definidos por los propios interesados, a fin de evitar que este conflicto se transforme en un proceso judicial, en que un tercero (el juez) imponga, determine y sancione la solución.

❖ Un segundo enfoque es la apreciación del individuo por esta rama, no como un ente aislado, sino como un integrante de un colectivo, ya sea un país, organización, ciudad, familia. Así el conflicto se diferencia de las personas, centrándose en la habilidad de éstas y no en las diferencias provocadas por el problema. Al evaluarse el conflicto, no sólo se describen sus causas y sus categorías, sino también se destacan los recursos

humanos (familia, amistades, comunidad) como red de soporte y apoyo inmediato del individuo involucrado. En este punto, resalta el concepto de resiliencia que apunta a la capacidad de recuperarse de situaciones adversas y encaminarse hacia objetivos reparadores, como una regla en todo individuo; así las víctimas no serán consideradas como sujetos irremediablemente estigmatizados y con consecuencias negativas, irreversibles en su vida, sino como individuos capaces de rehabilitarse y continuar con su desarrollo. El trabajador social, deberá guiar esta búsqueda de potencialidades, destacar los recursos de cada participante en la mediación, a fin de establecer un diálogo participativo y equitativo que conduzca a la adopción de acuerdos eficaces y satisfactorios.

❖ El tercer horizonte se refiere a la necesidad de un tratamiento multidisciplinario en el abordaje de los conflictos, especialmente si son de índole familiar, atendida la complejidad de la interacción entre las partes. Esta visión contrasta con la tendencia fragmentadora del conocimiento y especialización de las disciplinas, que obsta a una apreciación holística del conflicto. El Trabajo Social, la Psicología y el Derecho conforman un trío interdisciplinario tradicional en la mediación, de modo que con los aportes de cada una de estas ramas, permiten un enfoque integral de la disputa.

La **Psicología**, al abordar el conflicto desde una perspectiva interdisciplinaria, tendrá una labor relevante relativa a la interacción de los participantes y la comunicación como herramienta fundamental de la negociación.

El psicólogo y mediador **Jorge Burgos**, señala algunos antecedentes teóricos que enmarcan la aproximación de la psicología a la mediación:

❖ En primer lugar, en los elementos de la teoría del conflicto, que identifica sistemas sociales complejos compuestos de relaciones. Las interacciones antagónicas o conflictos no son estáticos, sino dinámicos en el tiempo con distintos orígenes, énfasis, desarrollos y resoluciones. A su vez, los procesos conflictivos se construyen entre las partes, y la solución

también debe ser un proceso asociativo, sin roles predefinidos de víctima y victimario que distraen el tipo de relación y la parte del conflicto que cada uno aportó a construir.

- ❖ Otro marco teórico para abordar el conflicto en la mediación, es la comunicación. Tanto el conflicto, la negociación y la mediación son procesos comunicacionales, los cuales poseen dos variables que deben ser atendidas: contenido y continente. Lo que se expresa verbalmente, ya sea por medio de las palabras, los gestos y lo que se comunica no verbalmente como las posturas, actitudes, silencios, los tonos. El análisis de estos bajo la luz de las herramientas de la psicología, aporta en una primera aproximación, un estado del conflicto.
- ❖ Respecto del abordaje terapéutico de la mediación, existen diferentes aportes de esta disciplina, tomando la precaución que mediación es distinto que terapia, no obstante los resultados de las técnicas y herramientas terapéuticas permiten al mediador tener una visión integral del conflicto, su desarrollo y posible solución.

Hoy la psicología, a juicio del autor, persigue potenciar las capacidades de cada individuo a fin de que explote eficazmente sus recursos en la búsqueda de soluciones. Para **Jorge Burgos**: “El término inglés “empowerment” apunta precisamente a devolver el poder de solución a las personas, poder que de alguna manera se había perdido al entregarse la solución a terceros, como los jueces”.

Así la Psicología aporta una red conceptual y teórica, que permite analizar las interacciones humanas y sus componentes – armonía y conflicto– como necesarios en toda convivencia social, más aún al interior de la familia. Asimismo, la psicología posee un arsenal de instrumentos de intervención de carácter terapéutico, que permiten canalizar las emociones y actitudes propias de todo conflicto interpersonal.

La **Mediación desde el Derecho**, es una herramienta que está siendo progresivamente utilizada para las soluciones alternativas a un proceso judicial. El rol de los abogados, en este contexto tan singular, donde la crisis se atenúa ante el aflojamiento de las tensiones habituales que representa el litigio judicial, requiere un nuevo enfoque y objetivo.

Actualmente, los abogados tienen la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de trabajo; pues se existe el desafío de procurar componer el conflicto antes del litigio; dejando de lado las actitudes formalistas; así como deponer antagonismos estériles y posturas confrontacionales; concentrándose en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y, generalmente, de transacción, negociadas.

Esto que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados de los asesorados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas diferentes, adecuadas, justas y realistas para los específicos y calificados conflictos, que toleran encauzamiento por las vías que nos ocupan. No como el partícipe complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución controversias.

Es decir, la clásica postura enfrentada del proceso judicial, se abandona por una metodología distinta donde el mediador se reúne con las partes, por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo, a cuyos encuentros puede o no asistir asesorada por su abogado.

## 2-. Características de la Mediación:

La mediación, presenta características propias, que la distinguen de los otros métodos; las cuales a continuación describiremos:

a) En primer lugar, **requiere y promueve una participación activa directa e irremplazable de las partes en la resolución de sus conflictos:**

La participación de las partes en el proceso y obtención de un acuerdo, se manifiesta en lo siguiente:

- ❖ El acuerdo que pone fin al conflicto es obtenido voluntariamente y por consenso. Las partes definen la forma y contenido de la negociación, siendo el mediador un tercero asistente.
- ❖ Es susceptible de la creación de fórmulas de acuerdo conforme al mérito del conflicto, es decir ofrece un modelo personalizado para conciliar soluciones futuras, sin estar sujetos a los precedentes.

La mediación se vincula con la noción de la justicia a escala humana o propiamente interindividual, es decir presenta la habilidad propicia para generar un espacio de resolución especialmente diseñado a las necesidades de las partes en conflicto, siendo posible producir tantas soluciones especiales particulares y concretas como se requiera para las diversas situaciones de conflicto<sup>71</sup>.

También es una forma de potenciar la democracia por medio de la participación ciudadana, en búsqueda de la transformación de las relaciones intersubjetivas hacia la horizontalidad. La concepción de justicia horizontal se relaciona con los MARC, que abandonando el principio jerárquico de los sistemas tradicionales promueven la participación conjunta de los involucrados, incluyendo la comunidad, para

---

<sup>71</sup> **FERNÁNDEZ Marcela, GÓMEZ Paulina:** “*La mediación. una política de justicia horizontal a escala humana*”, Estudio de Teoría del Derecho, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, N° 21, 2003, p.283.

construir soluciones reintegradoras y reparadoras de los efectos del conflicto en los afectados<sup>72</sup>.

- b) **El mediador es un tercero facilitador del acuerdo a obtener, y no un ente decisorio o resolutor.**

El mediador ayuda a las partes a comunicarse no sólo en lo que respecta a su percepción del conflicto, sino también en lo referente al área emocional, incentivando la comprensión y tolerancia, la legitimación, el reconocimiento y autoeficacia; a fin de reestablecer y fortalecer las relaciones entre los intervinientes que faciliten el diálogo y adopción de un acuerdo.

Con la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial participativa, es decir en que el tercero “acompaña” a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda de soluciones a éste.

- c) **Prima lo colaborativo sobre lo adversarial, pues el conflicto se concibe como algo compartido que es factible de abordar en forma conjunta a fin de llegar a una solución mutuamente acordada y satisfactoria:**

El conflicto deja su estigma negativo, enfocándose principalmente en la solución que permita estabilizar las relaciones de las partes. Al considerar que somos parte de una red de interrelaciones, todos podremos ser coproductores, ya sea en el rol activo o pasivo de conflictos, así se visualiza como algo compartido, sin existir víctimas ni victimarios.

**Oswaldo Gozáni**, nos dice en su obra<sup>73</sup> *“No existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados, como ocurre con el modelo judicial que ve a los litigantes como rivales; se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, como dice Cappelletti, donde lo más*

---

<sup>72</sup> **FERNÁNDEZ Marcela, GÓMEZ Paulina:** (n. 71), p. 285 -286.

<sup>73</sup> **GOZÁNI:** (n. 46), p. 78.

*importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sinrazón”.*

d) **Es flexible, desformalizada y por regla general confidencial:**

En todo el sistema, existe una estructura fácil de procedimiento, que atenúa las formalidades, prevaleciendo la comunicación libre entre las partes.

Además, dado el rol de las partes, éstas pueden crear y proponer las formas a las cuales se sujetara el proceso; adaptándose éste a las particularidades del conflicto y sus actores.

La confidencialidad se establece como un requisito para facilitar un ambiente confiable en que las partes puedan expresarse libremente.

### 3.-Ventajas de la Mediación<sup>74</sup>.

- a) Es una **alternativa** a quienes no quieren acudir a los tribunales, puesto que la mediación presenta las cualidades de ser más económica y expedita en comparación a un proceso judicial; no está sujeta a las reglas procesales, ni a los principios que dominan la controversia judicial (confrontacional); reduciendo el desgaste emocional y relacional que implica la comparecencia judicial. Disminuye de manera natural la probabilidad de que una batalla legal continúe más allá del proceso de mediación.
- b) Se **facilita la comprensión, comunicación y colaboración** entre las personas. Es decir la dinámica bajo la cual interactúan la partes no es el binomio Yo gano- Tú pierdes, sino acordar una solución que satisfaga todos los intereses involucrados.

---

<sup>74</sup> En este punto seguiremos a **ALLIENDE, BURGOS, CORREA y PÉREZ:** (n.7), p.20.

A diferencia del proceso judicial, no se enfatiza en lo adversarial, sino en la búsqueda de una solución práctica que satisfaga las necesidades únicas de los participantes. Por lo tanto, puede ayudarlos a aprender la forma de trabajar juntos, aislar los problemas que requieren decisiones y darse cuenta de que, con cooperación, todos pueden obtener beneficios.

Las partes proponen y definen el acuerdo libremente, bajo el paraguas de la ley.

- c) Aumenta la **expectativa de perdurabilidad y cumplimiento** de los acuerdos obtenidos, dado que el resultado es obra de las voluntades de las partes, no siendo un elemento ajeno a ellas.

En la práctica, estudios realizados en **Estados Unidos, Canadá y Argentina**, concluyen que la duración de la mediación es menor a la de un proceso judicial, así como el grado de satisfacción de las partes con las soluciones obtenidas es mayor que las que provienen de la decisión del juez. Ambas cualidades se reflejan en el grado de cumplimiento de los acuerdos obtenidos, el cual es mayor en aquellos con la participación de las partes involucradas vía mediación.

- d) Tiene un **campo de aplicación amplio**. Todos o la mayoría de los problemas interpersonales, podrían encontrar soluciones a través de la mediación: familiares, laborales, medioambientales, comunitarios, comerciales, etc.

Sin embargo, este mecanismo presenta mayores ventajas si se dan algunas condiciones específicas, por ejemplo<sup>75</sup>:

- ❖ Si en el conflicto, la relación entre las partes constituye un elemento importante;

---

<sup>75</sup> **GOZAÍNI:** (n. 46), p. 93.

- ❖ Si las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento;
- ❖ Si no existe una gran disparidad de poder;
- ❖ Si la causa del conflicto es la mala comunicación; o
- ❖ Si existen cuestiones técnicas muy complejas.

La pauta está dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por las partes, variables que permiten distinguir a dos grandes campos de aplicación: la mediación patrimonial; y la mediación familiar.

No obstante, existe un sector intermedio que vincula los intereses de partes con las materias protegidas, como son las acciones derivadas de la vecindad, del usuario de bienes y servicios, de miembros perteneciente a grupos sociales (por ejemplo, integrante de un grupo religioso, un simpatizante de grupos ecológicos etc.), entre otras posibilidades.

#### **4.- Naturaleza jurídica de la Mediación:**

En primer lugar, los MARC, no son jurisdiccionales, ni la actividad realizada en éstos constituye un proceso judicial.

El tercero que participa en ésta, no es un juez. El mediador no hace justicia, ni crea derecho, ni aplica precedentes jurídicos, ni emite sentencias o resoluciones; solamente acerca y colabora al entendimiento entre partes; intercede entre intereses opuestos, buscando puntos de coincidencia que previamente no estaban presentes y siendo la función del mediador encontrarlos.

Desde esta óptica, pareciera innecesario buscarle naturaleza jurídica, porque la mediación ofrece un banco de prueba a la capacidad de negociación y renuncia de las partes en conflicto, ilimitado y original, sin que el espacio donde se cumpla o quien lo cumpla tenga necesaria influencia o sea determinante. El único límite conocido serían los parámetros fijados

por la ley, por ejemplo en nuestro país, las normas de orden público, las buenas costumbres, la moral, etc.

A nuestro parecer, considerando la clasificación de formas de resolución de conflictos, que distingue la autotutela, el proceso o heterocomposición y la autocomposición; cabe ubicar a la mediación en esta última categoría, pues son las partes quienes adoptan un acuerdo que resuelve su disputa.

### 5.- Principio rectores de la mediación.

Para **Marinés Suares**, los principios de la mediación son los presupuestos en los que ésta se basa<sup>76</sup>.

Estos principios rectores, constituyen los lineamientos de una ética de la mediación, más o menos compartida en los distintos contextos culturales donde se aplica<sup>77</sup>.

Existe consenso entre los autores, en considerar los siguientes principios:

- ❖ Neutralidad.
- ❖ Imparcialidad.
- ❖ Voluntariedad.
- ❖ Confidencialidad.
- ❖ Equilibrio de poder.
- ❖ Otros principios.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto al contenido y alcance de estos principios, no hay claridad en la doctrina.

---

<sup>76</sup> **SUARES Marinés:** (n.6), p. 28.

<sup>77</sup> **MINISTERIO DE JUSTICIA:** *Mediación Familiar, sistematización de una experiencia*, Programa de Resolución de Conflictos Anexo a Tribunales-Mediación Familiar, Santiago-Valparaíso, año 2000, pp.26,27.

Marcela Fernández y Paulina Gómez, nos plantean una distinción previa a los principios antes enunciados; señalando que existen dos elementos fundamentales de los cuales se derivan los principios de la mediación: la **potencialidad de las individualidades** (principio de respeto de las individualidades) y el **carácter esencialmente relacional en el nivel interpersonal y social** (principio de reconocimiento de la interdependencia de las partes en conflicto)<sup>78</sup>. Las estrategias para materializar el primer principio son la voluntariedad, la neutralidad, la imparcialidad del mediador, el acceso a la información jurídica durante todo el proceso, y el reconocimiento y respeto por el poder de decisión de las partes en el proceso. El segundo principio, se materializará a través del equilibrio de poder, el fortalecimiento de las conductas colaborativas y coordinadas, legitimación de las partes, etc.

Una forma de agrupar los principios, distingue entre **aquellos referidos al proceso mismo de mediación, aquellos relativos a los deberes éticos del mediador y aquellos que dicen relación con las partes y otras personas que participen en el proceso, como terceros coadyudantes**<sup>79</sup>. En el primer grupo, se encuentran el protagonismo de las partes y la coordinación de éstas para la resolución de la disputa, la igualdad de las partes, el reestablecimiento de la comunicación, el respeto por la individualidad en la proposición de soluciones posibles y la búsqueda de la más alta satisfacción posible para todas las partes involucradas. En el segundo grupo, referido a los deberes éticos del mediador se ubican la imparcialidad, la confidencialidad, la objetividad, la diligencia, la honestidad, el respeto y tolerancia por el otro y el decoro. En el tercer grupo, se comprende la actitud colaborativa, de respeto mutuo con la otra persona y el mediador, de honestidad en el planteamiento del conflicto, sus intereses y necesidades, una actitud activa y flexible en la búsqueda de soluciones, actitud de perseverancia en la

---

<sup>78</sup> **FERNÁNDEZ Marcela, GÓMEZ Paulina:** (n.71), pp.287-290.

<sup>79</sup> **MINISTERIO DE JUSTICIA:** (n.77), pp.26, 27.

búsqueda de la solución autónoma y que guarden respeto por la confidencialidad.

Para abordar este tema, nos parece interesante la distinción que hace la mediadora **Marcela Fernández**, en orden a distinguir los **principios que son de la esencia de la mediación** (ontológico), que le dan existencia y a la vez la diferencian de otras formas de resolución de conflictos; como es el principio de la neutralidad, de aquellos **principios que deben ser en la mediación** (deontológico), determinando el grado de corrección del procedimiento desde las exigencias éticas o bien su mayor o menor grado de bondad técnica, como son el principio de la voluntariedad, principio de confidencialidad, principio de equilibrio de poder<sup>80</sup>.

Siguiendo esta distinción desarrollaremos dichos principios.

### 5.1 Neutralidad:

En una primera aproximación la neutralidad se encuentra vinculada a esta especial forma de intervención del mediador, que se despliega en la intervención del conflicto, respecto de lo cual se propugna la horizontalidad del poder y el protagonismo de las partes. Esta especial forma sería un elemento de la esencia de esta institución, pero ¿cual es su contenido y alcance?

Al respecto **Marcela Fernández**, señala dentro de las consideraciones preliminares, que existe contradicción entre el llamado del mediador a intervenir en el conflicto y el entendimiento errado de la neutralidad como pasividad, no intervención, no involucración, no intromisión.

---

<sup>80</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** “*Neutralidad, valores y familia, un espacio para el cambio cultural desde la libertad del individuo como ser lingüístico*”, III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de los conflictos, Viña del Mar, año 2004. En <http://www.cejamercias.org/marc/documentos/>, pp.1-2.

Basta recordar que el concepto de neutralidad tiene su origen en el Derecho Internacional para definir la postura que pueden asumir los Estados respecto de una guerra y en este sentido ha pasado a la acepción común como la situación en la cual los neutrales no entran en la guerra, ni participan apoyando o perjudicando con su actuación a ninguno de los bandos beligerantes. Pero esto no quiere decir que los neutrales no puedan intervenir o participar en el conflicto con otros objetivos, como podría ser precisamente, promoviendo instancias de diálogo, o acciones para provocar el cese de las hostilidades o alcanzar la paz. Desde esta perspectiva no existe contradicción alguna entre la intervención que realiza el mediador en el conflicto y su neutralidad mientras sus objetivos digan relación con la promoción de instancias de diálogo que permitan la resolución del conflicto.<sup>81</sup>

Por otro lado la doctrina se plantea el dilema de la neutralidad como la imposibilidad del mediador de intervenir “el” y “en el” sistema del conflicto, con lo que esto implica, sin involucrar en ello sus valores, creencias, historias personales y prejuicios, entendidos como el marco de referencia según los cuales somos, existimos y significamos en el mundo . En tanto seres humanos al participar del conflicto no podemos dejar fuera de nuestras acciones las emociones y percepciones que construimos dentro del sistema en el cual estamos, no podemos ser objetivos, ya que la objetividad no existe, y por tanto siempre estamos transfiriendo nuestra influencia a las partes.

**Marcela Fernández**, sugiere hacer una distinción, entre el **orden intrasíquico del mediador y su conducta**.

En el **orden intrasíquico** el mediador, puede emitir juicios de valor, ya que no se le puede exigir que no tenga preferencias o afinidad con algunas de las partes, o una postura valórica respecto a la naturaleza y caracteres del conflicto, en el cual le toca intervenir.

---

<sup>81</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** (n.81), p.3.

En el orden conductual, los mediadores son seres humanos, y como tales son seres lingüístico, que se crean a sí mismos, confieren sentido a su existencia, accionan, se transforman y transforman su medio, a través de la creación de realidades en y mediante el lenguaje, desde esta perspectiva los mediadores deben orientar sus actos lingüísticos en el sentido de posibilitar la disminución de transferencias valóricas y favorecer la libertad de las partes para afirmar o modificar sus valores en un proceso de construcción autónomo de sus propias identidades.

En consecuencia la neutralidad se entiende como la exigencia técnica de conducta en el proceso comunicacional de la mediación desde el lenguaje, ya que no podemos prescribir o proscribir el orden interno de los mediadores, lo que comporta sus valores, creencias y percepciones que construye según las mismas.

Dentro de los actos lingüísticos, cabe destacar en relación a esta materia, los **juicios** que son declaraciones vinculadas con los valores, las cuales serán validos o inválidos según la autoridad que inviste quien los formula, también admiten ser catalogados de fundados e infundados. En la mediación los juicios están vedados al mediador en su calidad de neutral ya que debe promover los procesos mediante los cuales las partes construyan sus propios juicios. También debiera incluirse en esta prohibición, la emisión de juicios supuestamente “objetivos”, como podrían ser aquellos que cotidianamente se fundan en las tradiciones jurídicas que se basan en los parámetros de valor que considera la cultura jurídica imperante.

Existirían juicios que no estarían vedados, por no estar referidos a las personas de las partes ni a los contenidos de sus proposiciones. Estos serían todos aquellos juicios referidos al procedimiento de mediación y al mediador como profesional, los cuales pueden ser muy adecuados a los objetivos de la mediación y la neutralidad. Así juicios como “lo están haciendo muy bien, creo que han avanzado mucho, ambos han demostrado ser muy razonables y respetuosos”, “posiblemente no he sido clara en cuanto a las reglas de respeto en el procedimiento”, “soy muy mala para

escuchar a varias personas al mismo tiempo”. Estas actitudes favorecen el protagonismo de las partes ya que los alientan a seguir.

Para la autora, esta exigencia comunicacional, permite al mediador “atenuar su posición de poder en la intervención, disminuir el riesgo de revelarnos en nuestra forma de ser y ver la vida, limitando la transferencia valórica a las partes, nos salva de limitar los rangos de acciones futuras de las partes sobre la base de nuestras observaciones del pasado, y posibilita a las partes construir sus identidades para definir la dirección en la cual se transforman y orientan su futuro”<sup>82</sup>.

La distinción antes señalada (orden intrasíquico–orden conductual), permite construir un concepto de neutralidad que pueda ser considerado como una exigencia normativa externa del mediador, ya que si la neutralidad es un exigencia que se hace en el ejercicio del rol del mediador ella sólo puede traducirse en una obligación conductual y no en un resultado o efecto de dicho ejercicio.

Con todo, la autora **define la neutralidad** como “*la actitud del mediador que lo obliga a abstenerse de emitir juicios respecto de las personas de las partes y de los contenidos de las proposiciones que cada una de ellas sostiene en el proceso de mediación*”

Una opinión distinta es la que sustenta **Marinés Suares**, quien considera que la neutralidad es un principio que se conforma a su vez de cuatro subprincipios, a saber: **Imparcialidad, Equidistancia, Equidad y Deneutralidad.**

La **Imparcialidad** es la actitud del mediador de no tomar partido por ninguna de las partes.

---

<sup>82</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** (n.80), p4.

Respecto del mediador, la imparcialidad implica una actuación desvinculada de sus sentimientos, valores y necesidad de protagonismo. Esta es una tarea difícil, que puede ser llevada a cabo, teniendo el mediador identificados sus sentimientos y valores, a fin de que no se transformen en un obstáculo para conducir el proceso, que debe finalizar normalmente con un acuerdo que deberán cumplir los participantes y no el mediador.

La mediación es una herramienta útil para controlar la parcialidad; así si uno de los mediadores no puede abstraerse de sus valores y sentimientos, deberá dejar que el otro continúe con el proceso.

Pero si el obstáculo, es la contradicción de la ideología o espíritu de la mediación, por ejemplo, si existiese mala fe o el proceso es utilizado para dilatar la solución, ésta deberá finalizar.

Desde el punto de vista de los participantes, es necesario que se les asegure la imparcialidad, entendida como el compromiso por parte de los mediadores de no realizar coaliciones con alguna de las partes en contra del otro, es decir deberán mantener el caso sin favorecer ni perjudicar a una parte, para seguridad del proceso.

La **Equidistancia** se refiere a la habilidad del mediador para asistir en igual forma a los disputantes, es decir dar en igual forma, oportunidades a las partes involucradas en el conflicto para expresar sus puntos del vista sobre el caso; por ejemplo organizar los turnos para hablar, fijar el lapso de duración de las reuniones o entrevistas individuales, otorgar una proximidad física semejante, utilizar el mismo lenguaje, etc.

Pero este principio no es absoluto, pues a veces el mediador deberá emplear un tratamiento distinto con alguna de las partes a fin de que reelabore su posición o bien existirán situaciones complejas que requerirán un tratamiento especial como por ejemplo si existen episodios de violencia intrafamiliar.

Por lo tanto la equidistancia es un proceso dinámico, que se desarrollara a lo largo de todo el proceso respectivo.

La **Equidad**, es la justicia para el caso particular, siendo un principio transversal a todo el ordenamiento jurídico; toma una relevancia especial en la mediación, dado el protagonismo de las partes en la adopción del acuerdo que dirima su disputa.

La **DeNeutralidad** es una creación de la autora, producto de la deconstrucción de la palabra neutralidad. Una de las labores que plantea la mediación, es la reelaboración del conflicto. En esta tarea, el mediador deberá involucrarse para comprender la percepción del conflicto que tienen las partes. Y luego de realizada la reconstrucción del conflicto, deberá desinvolucrarse, para proceder a la negociación del futuro acuerdo. Así la neutralidad (quedarse afuera) sólo abarcaría un área, cual es mantenerse ajeno al conflicto; siendo complementada por la Deneutralidad, que implica la involucración y luego desinvolucración del mediador.

## 5.2 Imparcialidad:

Sin perjuicio que para **Marinés Suares** este principio forma parte del principio de la neutralidad, para algunos autores es un principio autónomo.

Así para **Marcela Fernández**, define imparcialidad como *“la actitud del mediador que lo obliga a dar ambas partes un trato igualitario en cuanto a sus posibilidades de participación lingüísticas en el proceso, sosteniendo un mismo espacio de distinciones en sus afirmaciones, y una misma fuente de autoridad en sus declaraciones en la mediación respecto de las partes”*<sup>83</sup>.

En este concepto estaría incluida la **Equidistancia** como un resultado de la imparcialidad, en cuanto el mediador se sitúa desde su compromiso lingüístico a la misma distancia respecto de ambas partes.

También incluiría la **Equidad**, pero sólo entendida como procedimental, ya que el mediador desde el concepto de neutralidad no juzga la equidad de las soluciones.

### 5.3.- Voluntariedad:

Este principio comprende varias esferas, las cuales son desarrolladas por **Marinés Suares**, a propósito de cada uno de los participantes:

❖ *Protagonismo y co-protagonismo de las partes:* Las personas que concurren a mediación deben tomar previamente la decisión de presentarse y querer participar en ella.

Se agrega el concepto de "**protagonismo**", es decir considerarse autor, agente de las acciones que se desarrollan y de los discursos y narrativas que se construyen. Pero además implica sentirse responsable por las consecuencias, buenas o malas de las acciones y de los discursos que se realizan. La responsabilidad, se califica psicológicamente y no jurídicamente, pues conlleva la idea de ser *el sujeto de la acción*, y no se relaciona con la idea de culpa y castigo.

Atendido a que los conflictos o disputas se generan entre dos o más partes, el protagonismo debe estar acompañado por el **coprotagonismo**, es decir ambos participantes deben ser agentes y responsables de las consecuencias de su participación y reconocerse mutuamente en esta situación.

Tener en cuenta la coparticipación del otro en la construcción del conflicto es factible, pues generalmente se considera al otro como causa del problema; pero una dificultad será aceptar que el otro tiene un punto de vista diferente y las razones de éste. Otra dificultad, es la comprensión que la negociación, buscará la adopción de un acuerdo mutuamente aceptable, sin que la obtención de un acuerdo beneficioso para la posición de una parte signifique el desmejoramiento en la posición del otro.

---

<sup>83</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** (n.80), p.7.

La voluntariedad de las partes, comprenderá los siguientes aspectos<sup>84</sup>:

1. Aceptar someter su conflicto a mediación.
2. Determinar los temas a tratar.
3. La continuación de la mediación, pues durante ésta, el principio de voluntariedad, se expresa en la facultad de las partes para finalizar en cualquier momento el proceso.
4. La adopción del acuerdo y su contenido.

❖ *Voluntariedad de los mediadores:* El mediador no está obligado a continuar con la mediación hasta la obtención del acuerdo final, si advierte antes un elemento que la transforme en inconveniente; puede terminarla, por ejemplo, por la mala fe de uno de los participantes, si existen agresiones, etc. Conforme a la confidencialidad, el mediador no deberá explicar el motivo de su decisión.

Para finalizar este punto, se plantea en la literatura especializada, la interrogante sobre **la recepción de la mediación en un ordenamiento jurídico como trámite obligatorio.**

Por ejemplo en **Argentina** con la **Ley Nº 24.573**, se estableció la mediación prejudicial obligatoria. La finalidad del legislador, era preparar el ambiente propicio para la aplicación de la mediación, en una cultura regida hasta ese entonces por el modelo de justicia formal, basado en la adversariedad. Para algunos autores, la introducción de la mediación en carácter voluntario, era arriesgar sus posibilidades de uso por las partes, pues no existía la cultura, que promoviera la cooperación y protagonismo de las mismas<sup>85</sup>.

Esta situación: **¿Implica una colisión con el principio de voluntariedad?**

---

<sup>84</sup> **EILBAUM Diana:** “*El delgado límite entre la voluntad de las partes, la del mediador y su neutralidad*”, III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de los Conflictos, Viña del Mar, Chile, septiembre de 2004. En <http://www.cejamerica.org/marc/documentos/>, p.7.

<sup>85</sup> **EILBAUM Diana:** (n.84), p.8.

Se debe precisar que, la fórmula que recoge la mediación como una gestión obligatoria previa o durante el juicio, reconoce dos variables a saber: 1) La comparecencia a una sesión inicial de mediación, para el solo efecto de cumplir con el requisito de procesabilidad exigido en la ley; 2) La iniciativa en el tribunal de proponer a las de sujetar su conflicto A mediación. Que se hace a las partes.

En ninguno de los supuestos se atenta a este principio, pues en el primer caso basta que la parte asista al encuentro y rechacé someterse a mediación, con lo cual podrá presentar la demanda respectiva; y en el segundo caso, lo que exige la ley es la pregunta que hace el juez o el funcionario señalado por la ley, a las partes, quedando al arbitrio de estas últimas aceptar o rechazar la mediación.

#### **5.4.- Confidencialidad:**

Este principio, se refiere a la reserva que deberán mantener los participantes, especialmente el mediador, de todo lo que se diga en el proceso, respecto de los terceros ajenos a la mediación.

Este principio procura evitar, que los mediadores, actúen como testigos en juicios posteriores sobre los asuntos que medien, en caso que estos no se resolvieren, debiendo llegar a la sede judicial.

Pero trae como desventaja, el no poder compartir experiencias y realizar seguimientos en el campo.

Sin embargo este principio, presenta excepciones establecidas por la ley, como por ejemplo la comisión de un delito y el abuso de menores en el **Proyecto de Ley Argentina sobre Mediación Familiar.**

Para **Marinés Suares**, la confidencialidad es “*la capacidad para poder mantener el secreto.*”<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> **SUARES Marinés:** (n.6), p. 37.

Este principio, presentara diversos matices según el espectro en que se aplique; así la autora distingue:

❖ **Ante sede judicial:** Procede en la hipótesis que la mediación se frustre, por lo cual el conflicto deberá continuar en sede judicial, en este caso los mediadores y en general quienes hayan participado en el proceso, están expresamente eximidos de ser citados como testigos en la causa, por regla general.

Tampoco afecta este principio, la homologación o revisión del acuerdo ante sede jurisdiccional. Así, **Gladys Álvarez** señala al respecto: “La confidencialidad es una nota definitoria de la mediación y en nada afecta esta característica al órgano jurisdiccional ni a su investidura. Cuando al juez se le pide la homologación de un acuerdo celebrado por los interesados, no es de práctica que se indique los motivos por los cuales se arribó al mismo, ni las conversaciones habidas entre las partes. Es un derecho de ellas realizar convenios y si han pactado la confidencialidad, ésta debe ser respetada”.<sup>87</sup>

❖ **En el proceso de mediación:** La mediación puede desarrollarse en *reuniones conjuntas* o en *reuniones privadas o individuales*, en las cuales podrán participar sólo las partes, una de ellas acompañada o no de su abogado, o solo con los abogados de las partes, o en alguna combinación que incluya o no a todos los participantes.

En las reuniones privadas, la confidencialidad no sólo se proyecta a los terceros extraños, sino también respecto a **los dichos de las partes sobre la posición de la otra**.

---

<sup>87</sup> **GOZAÍNI Osvaldo:** (n. 46), p. 86.

Lo anteriormente descrito, constituye para **Marinés Suares** un sentido distinto del principio: cual es la **Confidenciabilidad**, siendo para la autora uno de los errores más comunes cometidos por los media ores, la comunicación sin autorización de lo narrado por una de las partes a la otra en las sesiones privadas.<sup>88</sup>

Al respecto, se puede optar por pedir una autorización explícita para comunicar algún contenido de una reunión individual; por lo tanto, todo lo dicho es secreto salvo autorización expresa. La segunda fórmula utilizada es inversa, se parte del presupuesto que todo lo dicho es comunicable, salvo expresa petición de la parte, dejando constancia de dicha prohibición. E incluso existe una tercera vía, cual es evitar las reuniones privadas.

### 5.5. Equilibrio de poder o igualdad de las partes:

Para **Marcela Fernández**, este principio impone al mediador como exigencia ética, equiparar técnicamente a las partes mediante la promoción del protagonismo y el empoderamiento de la parte más débil, y en el caso en que la nivelación no sea posible, él deber de levantar la mediación por no darse<sup>89</sup>.

**Folbert y Taylor**, señalan que una de las tareas del mediador, es evaluar la existencia de la igualdad de poder entre las partes, de verificar una desigualdad entre los participantes, deberá examinar si es posible llevar adelante la mediación, reorientado la diferencia a fin de equilibrar las posiciones, esto se aplica generalmente a los casos en que la desigualdad se manifiesta en el estilo de negociación o en la falta de información de una de las partes; en estos casos, el mediador interviene para enfatizar en la necesidad de la igualdad de las partes para la toma de decisiones. Las herramientas para subsanar esta diferencia de poder, postuladas por los autores son el uso de enunciados de reflexión, esclarecimiento,

---

<sup>88</sup> **SUARES Marinés:** (n. 7), p. 40.

<sup>89</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** (n.80), p.7.

replanteamiento, señalando la información, o reuniones individuales para discutir la conducta de cada participante.

Si la desigualdad no puede subsanarse, o se mantiene durante la mediación pese a las medidas adoptadas, como por ejemplo el maltrato físico, intimidación, disparidad total en la sofisticación financiera, inteligencia significativamente inferior en uno de las partes, una desventaja idiomática o física, una conducta de varios años o un problema mental; en todos estos casos, el mediador tiene la responsabilidad ética de notificar a ambos participantes su evaluación, suspender el proceso de mediación y derivarlo a otro profesional de apoyo fuera de la mediación como un abogado, un psicólogo, etc. Sin embargo, dicho deber ético no debe ser utilizado para evadir procesos a fin de ocultar la falta de capacidad del mediador para dirigir el proceso<sup>90</sup>.

#### 5.6 Otros principios:

❖ **El Informalismo:** **Marinés Suares**, agrega este principio, al no existir un procedimiento preestablecido y determinado, aplicable a todos los conflictos que se someten a mediación. Esto implica, la apertura de un espacio importante para la creación y adopción de modelos y formas por parte del mediador y los participantes.

Sin perjuicio de esto, la ley puede establecer ciertos parámetros generales, por ejemplo, plazos de duración, requisitos de homologación, obligatoriedad de asistir a una audiencia para determinar su procedencia, etc., que no obstan a la creatividad de las partes, en la búsqueda de soluciones acordes a su particular situación.

---

<sup>90</sup> **FOLBERT y TAYLOR:** (n. 9), p. 185.

❖ **La Ideología:** Marínés Suares lo, define " *el sistema de ideas, creencias y valores sobre el hombre y la sociedad*".

Al definir la mediación como un dispositivo no adversarial de resolución de disputas, que incluye un tercero neutral, cuya función es ayudar a que las personas, que están empantanadas en la disputa para que puedan negociar en forma colaborativa y alcanzar una resolución de la misma; encontramos un conjunto de ideas, creencias y valores acerca de los seres humanos, la disputa y la sociedad.

Los valores en que se asienta la mediación son la buena fe, la colaboración, el consenso en las decisiones adoptadas, el crecimiento de los sujetos participantes, y por sobre todo la paz.

#### IV.- CAMPO DE APLICACIÓN DE LOS MARC:

Cumplida nuestra humilde labor descriptiva de los MARC, finalizaremos este primer capítulo que nos invita a aproximarnos a la mediación desde su género (los MARC), señalando los principales campos de aplicación de estos métodos, aceptando desde ya la ausencia de algunas áreas, pues una opinión mayoritaria reconoce como cualidad a los **MARC**, un amplio y variado campo de aplicación (indudablemente superior a las descritas a continuación).

En una primera etapa del movimiento MARC, estos surgen dentro de un área determinada, para luego extenderse a otros campos del Derecho. Así hoy, los MARC están presentes en áreas tan diversas como la **Educacional, Medioambiental, Civil, Comercial, Criminal, Laboral, Familiar, Internacional, Protección al consumidor, etc.**

Numerosas organizaciones, públicas y privadas, han propiciado la difusión de los MARC, en los diferentes países. Se destacan en este rol promovedor a la **Agencia para el Desarrollo Internacional (AID)**, el **Programa para el Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD)**, el **Banco Interamericano de Desarrollo (BID)**, el **Banco Mundial (WB)**, la **Fundación Libra** (a nivel latinoamericano) a través de la organización de los **Encuentros Interamericanos de RAD** (resolución alternativa de disputas), etc.

Su recepción al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales, mayoritariamente es a nivel legal, especialmente a través de leyes especiales o reglamentos específicos referidos a alguna modalidad particular de MARC. En orden de antigüedad, el Arbitraje, luego la Conciliación y últimamente Mediación.

A nivel europeo, la **Comisión de las Comunidades Europeas**, en abril de 2.002, publicó su **Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil**<sup>91</sup>. De este documento,

---

<sup>91</sup> **UNION EUROPEA:** (n.30), p.18.

puede esbozarse un panorama general de los métodos alternativos de resolución de conflictos en Europa.

Su objetivo es promover los MARC al interior de sus países miembros, señalando **principios comunes a todos los procedimientos** para su futuras implementaciones, como la intervención de una autoridad pública, la libre elección para recurrir a estos medios, la imparcialidad, equidad y confidencialidad que los rige, su flexibilidad que permite adaptar el procedimiento a las particularidades del conflicto y los intervinientes, Todas estas características son presentadas por los Estados miembros como garantías mínimas de procedimiento.

En nuestra región, la **Organización de los Estados Americanos**, propone la preparación de un Tratado Interamericano sobre MARC, a fin de potenciar su desarrollo, uniformidad y el cumplimiento y exigibilidad de los acuerdos. A fin de promover los MARC, se sugiere el establecimiento de una red de organismos e instituciones (sean públicas o privadas) que desarrollen su labor en esta área, la realización de Encuentros, Foros y Seminarios internacionales a fin de conocer, intercambiar y difundir las experiencias y programas sobre los MARC; la creación de un registro de MARC que permita la acreditación de calidades de los servicios que se presten en este campo, etc.

Sin embargo, pese al movimiento MARC antes señalado, en algunos países aún es escasa su legitimación social. Dicha situación plantea la necesidad por optimizar las políticas públicas tendientes a su promoción entre los habitantes del Estado, que se complementen con los esfuerzos aislados de organizaciones internacionales e instituciones de estudio por difundirlos.

Esta escasa legitimación social también se manifiesta en su carácter experimental y restringido, que la práctica de lo MARC presenta en los planes de estudio de educación básica o/y superior.

Así por ejemplo en nuestra región, su desarrollo aún es embrionario, no obstante su promisoría recepción legal en la mayoría de los países. En una encuesta realizada por el **Departamento de Asuntos Jurídicos**<sup>92</sup>, de la **Secretaría General de la OEA**, de los 9 países que respondieron el estudio, 8 calificaron como incipiente la aplicación de los MARC en sus respectivos territorios.

Pero su avance es progresivo, como a continuación podrá concluirlo el lector, al analizar los campos de aplicación<sup>93</sup>.

### A) Los MARC en los conflictos educacionales:

Un campo fértil para la implementación de los MARC es la **Educación**. Los conflictos escolares son una oportunidad para trabajar soluciones cooperativas de conflictos, lo cual incluye una definición positiva del problema, generar las opciones de solución posibles, evaluarlas, aplicarlas y evaluar los resultados.

Por medio de éstos, se busca resolver los conflictos que puedan presentarse entre los estudiantes y los profesores, o entre éstos y las autoridades del establecimiento, o entre cualquier grupo de la comunidad escolar.

Dentro del tema de los MARC y su aplicación en la Educación, recordaremos la noción moderna de la “**Educación para la Paz**”<sup>94</sup>. Esta concepción se vincula a los MARC, pues tiene por objetivo promover relaciones pacíficas dentro del ambiente escolar, y con esto, facilitar la proyección a los diferentes ámbitos de la vida en que transiten los estudiantes y asentar las bases de las futuras relaciones de los estudiantes en su posterior vida profesional, familiar, etc. La consecuencia de esta

---

<sup>92</sup> **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS, OEA:** (n. 31), p 13

<sup>93</sup> **ALVAREZ Gladys,** “*Estudio de experiencias comparativas en resolución alternativa de disputas*”, Buenos Aires, 2004. En <http://www.cejamerica.org/marc/documentos/>.

<sup>94</sup> **CID Alejandra, SILVA Doris:** (n. 35), p.24.

experiencia, será la presencia de la cultura del diálogo en todos los estratos de la ciudadanía.

En consecuencia, la utilización de los MARC en las disputas escolares o universitarias, tienen dos objetivos: Facilitar un ambiente más pacífico y productivo para los estudiantes, y dotar a éstos de habilidades necesarias para su desempeño, ya sea a nivel comunitario como familiar.

La labor promocional de estos métodos en el área escolar, involucra la participación de dos sectores: Educación y Justicia. Así por ejemplo en **Costa Rica**, la **Corte Suprema de Justicia** desarrollo el **Programa Específico de MARC** junto al **Ministerio de Educación Pública** en **1.996**, con el objetivo de incorporar estas herramientas permanentemente en la educación secundaria e invitando a incorporarse a las universidades; además dentro de la consagración constitucional del derecho a ser educados en y para la paz, se insertan en los planes de estudio los MARC.

Un ejemplo sobre la aplicación de los MARC en la Educación lo encontramos en **Brasil**<sup>95</sup>, a propósito del **Proyecto Jundiaí** en el Estado de **Sao Paulo**, por el cual se organizaron las Cámaras Restaurativas, integradas por representantes de los estamentos del establecimiento, a fin de resolver los conflictos y problemas disciplinarios y fomentar la seguridad y orden en los colegios. Dicho proyecto parte de la observación de que los ambientes de temor a la violencia y con desórdenes provocados por los delitos, tienen una repercusión negativa en el aprendizaje. Sus metas eran el tratamiento de la victimización, la creación de normas y métodos disciplinarios con mayor transparencia y coherencia, y el aumento de la participación de las familias y comunidades.

A través de las conferencias se proporcionó un espacio seguro para quien ha sufrido un delito o un comportamiento negativo, para analizar los puntos de vista conflictivos y resolver el problema en forma pacífica. En dichos encuentros participan los miembros de la comunidad, lo cual permite

---

<sup>95</sup> **PARKER Lynette**: "El uso de prácticas restauradoras en América Latina", Revista CREA, universidad Católica de Temuco, número 4, año 4, Temuco, 2003, pp.217-242

un nuevo sentido de colectividad social, responsabilidad y pertenencia entre los estudiantes, sus familias y los integrantes de la comunidad.

Sin perjuicio de la experiencia anterior, el principal método utilizado para la resolución de los conflictos educacionales, es la Mediación.

La **Mediación Escolar** es definida como “*Un proceso por el cual dos o más personas de la comunidad escolar construyen, con la ayuda de una tercera persona imparcial, una solución consensuada a un conflicto relacional*”<sup>96</sup>.

Los objetivos de la mediación escolar son<sup>97</sup>:

- ❖ Una educación en el respeto, la responsabilidad, la no violencia, la capacidad de decisión, justicia y cooperación.
- ❖ Que el clima de la clase sea más pacífico y productivo.
- ❖ Que los alumnos tengan mejor predisposición para aprender.
- ❖ Mejorar la asimilación del aprendizaje instrumental.
- ❖ Que los alumnos y el profesor se sientan más felices.
- ❖ Disminuir el estrés y las depresiones.
- ❖ Aprender un tipo de relación entre las personas que sirva de base para la futura vida profesional y familiar del alumno.
- ❖ Contribuir a gran escala, con un grano de arena, a aumentar el potencial de paz positiva en el mundo.

El desarrollo de la mediación escolar se remonta a **Estados Unidos** a fines de la década de los años setenta. En esa época surge el programa llamado **The Children’s Project for Friends** (Proyecto de los niños para ser amigos) que tenía por objeto enseñar la no violencia en las escuelas de Nueva York. De este programa surgió el **The Children’s Creative Response to Conflict Program** (Programa de respuestas creativa de los niños al conflicto). Otras instituciones y programas como **Educators For Social Responsibility** (Educadores para la responsabilidad social, 1.981), **Nacional Association for Mediation in Education Name** (Asociación Nacional para la

---

<sup>96</sup> CID Alejandra, SILVA Doris: (n.35), p.25.

<sup>97</sup> CID Alejandra, SILVA Doris: (n.35), p.26.

Mediación en la Educación, 1.984), el **Programa de Educación de Ontario** en **Canadá**, y el **Programa de Mediación Escolar de Buenos Aires** en **Argentina**,

En nuestro país, el programa **MECE - Media**<sup>98</sup> de 1.994, implementado por el **Ministerio de Educación**, entre algunas de las políticas adoptadas para mejorar la convivencia escolar, inició un proyecto de mediación escolar como una forma de trabajar la resolución no violenta de conflictos en los liceos.

Este programa, a través de la **Comisión de Convivencia Escolar**, está desarrollando un proyecto piloto de “**Convivencia Escolar Mediación entre Pares**”, en tres comunas de la Región Metropolitana, en un total de nueve liceos y con la responsabilidad de la ejecución en terreno de tres instituciones de asistencia técnica educativa: **Corporación Pro Derechos de los niños y los jóvenes (PRODENI)**, **Fundación Paz Ciudadana**, **Programa Interdisciplinario de Investigación en Educación (PIIE)**. El trabajo se desarrolla en coordinación y con la colaboración del **Departamento de Educación Municipal** o la **Corporación Municipal**, y de las **Direcciones Provinciales de Educación** correspondientes.

En el ámbito de las ONG, la **Fundación Paz Ciudadana**, dedicada a temas de justicia y reforma del sistema de protección a los derechos de los ciudadanos, bajo el principio de la educación para la paz, realizó una investigación en el año 2.000 a diferentes colegios de Santiago, a fin de determinar los principales tipos de conflicto que existían en éstos y los métodos de manejo de dichos conflictos. Con dichos resultados, elaboró el **Proyecto para la Resolución Pacífica de conflictos y Mediación Escolar**, el cual se implementó en tres liceos de la comuna de Cerro Navia, cuyos resultados prometedores, incentivaron su expansión a otros colegios de la región Metropolitana.

---

<sup>98</sup> **CERDA Ana María:** “*Convivencia escolar y mediación entre pares, contexto institucional*”, Primera Jornada de Mediación y Políticas Públicas, organizada por la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, Centro de Promoción Universitaria, Santiago, año 1.999, p. 131.

## B) Los MARC en los conflictos comunitarios:

Otra área fecunda para los MARC son los **conflictos comunitarios** sean de carácter vecinal, barrial, local, regional; en los cuales la diversidad de intereses y protagonistas conllevan al establecimiento de nuevos principios para la resolución de las disputas, como lo es la primacía del interés comunitario o público por sobre el interés individual, es decir el mediador, conciliador o defensor del pueblo considerará al momento de proponer una decisión, el interés compartido por cada una de las partes involucradas.

En los **problemas comunitarios**, como por ejemplo los ocasionados por la medianería, los ruidos molestos, la reparación de edificios que afecte a las casas colindantes, etc. En los problemas de vivienda, ya sea proveniente de un contrato de arrendamiento, con los vecinos por el no pago de los gastos comunes, etc.

Como en el primer párrafo expusimos, en atención a las particularidades del conflicto, se establecen procedimientos simples, orales, directos que facilitan en lo posible la representación de cada uno de los sectores interesados.

Es posible constatar en la realidad jurídica de cada país, un desarrollo menor de los métodos alternativos en el área comunitaria. En nuestro continente se exceptúan el **Programa de Justicia Comunitaria de Colombia**, y los **Jueces de Paz de Venezuela**, y algunos programas e iniciativas de justicia local y protagonismo ciudadano comunitario desarrollados por organizaciones no gubernamentales, a veces con el auspicio del Gobierno local, como por ejemplo en Perú IDL, Instituto de Defensa legal, en Ecuador CLD Corporación Latinoamérica para el Desarrollo y en Chile la Corporación FORJA, en Paraguay la Municipalidad de Asunción y el Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho (AID).

En **Brasil** durante el año 2.000, con el objetivo de otorgar mayor transparencia al sistema administrativo de justicia y aumentar la participación de la comunidad, se creó el **Proyecto de Justicia Comunitaria** en

el distrito federal de **Brasilia**. Dicha iniciativa recoge querellas civiles, y busca informar a los ciudadanos sobre sus derechos y opciones, promover el uso de la conciliación y la mediación como métodos alternativos de resolución de conflictos y capacitar a la población en el conocimiento y uso de estos mecanismos.

Los MARC más utilizados en esta área son la **mediación comunitaria**, el **conciliador en equidad**, y el **juez de paz**.

Los terceros intervinientes en estos conflictos, deben ser reconocidos por la comunidad (legitimación social) a fin de garantizar la imparcialidad, confidencialidad, y la habilidad idónea para promover el diálogo, la negociación y el acuerdo.

La **mediación comunitaria**, corresponde a un procedimiento de fácil comprensión, gratuito y flexible. Así representa una oportunidad para realizar una acción colectiva por los propios integrantes de la comunidad, que previene y facilita la solución de controversias que se presentan entre ellos, así se satisfacen las necesidades de la vida comunitaria. Además ofrece la oportunidad de trabajar con las redes sociales del sector<sup>99</sup>.

Ésta fomenta la constitución de redes informales que fortalecen el entretejido social, realizada por mediadores profesiones o representantes vecinales de la propia comunidad.

A nivel de **mediación comunitaria**, en **Argentina**, la **Constitución de Buenos Aires del año 1.996**, sancionó como garantía constitucional la mediación, entregando a las comunidades la tarea de implementar un plan adecuado para la resolución de conflictos vía mediación. Dicho rol lo ejerce la Secretaría de Gobierno por medio del Programa de Mediación Comunitaria y Métodos Alternativos de Resolución de Disputas y el Servicio de Mediación.

---

<sup>99</sup> **BURGOS Jorge, PEREZ Sandra**: “*La Mediación comunitaria*”, Boletín jurídico del Ministerio de Justicia, número 4, año 3, Septiembre de 2004, pp.73-78.

En **China**, la mediación ha tenido un desarrollo descollante en el área comunitaria, ciudadanos comunes conocen disputas que pueden presentarse entre vecinos y/o familiares

En **nuestro país**, encontramos la iniciativa llevada a cabo por la **I. Municipalidad de Las Condes** en convenio con la **Corporación de Asistencia de la Región Metropolitana**, denominada **Programa de Mediación Familiar y Vecinal**.

Además a nivel vecinal, se están capacitando líderes de las respectivas comunidades, en el conocimiento y aplicación de los MARC, especialmente en poblaciones con problemas de violencia, drogas, cesantía. El objetivo de este proyecto piloto es entregar a la comunidad, el conocimiento y resolución de algunas materias pertenecientes a la jurisdicción ordinaria (no la suprime sino que se establece en forma facultativa), a fin de que resuelvan sus conflictos locales.

Estos consultorios jurídicos vecinales, actúan bajo los marcos de la mediación comunitaria, abarcando desde conflictos entre vecinos hasta disputas entre instituciones u organizaciones locales.

Un ejemplo, es la capacitación realizada en septiembre de 2.004 en la **población Santa Adriana de Lo Espejo**. El curso fue una iniciativa de algunos profesionales del Centro Abierto, financiado por el **Programa Comuna Segura del Ministerio de Interior**. Dicha experiencia tuvo muy buenos resultados, y permitió que los pobladores comprendieran los MARC, tanto para aplicarlos a la resolución de los conflictos comunitarios, como a otros conflictos a que pudieran verse expuesto como el familiar.

### C) Los MARC en los conflictos medioambientales.

Recae sobre aquellas disputas en que los intereses incompatibles entre los actores, son de carácter medioambiental.

Estos conflictos a partir de los años 70, ocupan un lugar relevante la nómina de intereses de la opinión pública y en la agenda política de los gobiernos.

Generalmente los actores en estos tipos de conflictos, son las Empresas, el Estado y los ciudadanos (especialmente aquellos organizados a través de grupos ambientalistas, como por ejemplo Greenpeace).

También vinculados a este tipo, están los conflictos etnoambientales, que son aquellos que se dan entre el Estado y / o las empresas privadas con los indígenas por el control de los recursos naturales.

La mediación nuevamente se destaca, como método alternativo, generándose una serie de organismos como el **Institute for Environment Mediation**, el **Center for Environment Conflict Resolution**, el **Rocky Mountain Center for the Environment (ROOMCOE)**, en Estados Unidos.

En nuestro país, no se recogen los MARC para este tipo de conflictos, en la **ley Nº 19.300 sobre Bases del Medioambiente**. Sin embargo se planteo una resolución alternativa en el conflicto medioambiental entre el Gobierno con algunos pobladores pehuenches del Alto Bío-Bío, a propósito de la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco. Esto, porque la normativa indígena contempla la procedencia de un abogado conciliador, para prevenir o terminar las disputas sobre tierra que se ocasionen; sin embargo, este procedimiento sólo se aplicaba a los juicios entre indígenas, planteándose las dudas sobre su procedencia en este caso en particular, por al desigualdad entre las partes, manteniéndose hasta la actualidad el conflicto.

## D) Los MARC en los conflictos civiles y comerciales.

En materia civil y comercial, potenciados por el principio de la autonomía de la voluntad, se favorece la utilización de los MARC, a fin de que las partes interesadas en un conflicto, en el cual pueda disponer de los derechos comprometidos, adopten soluciones satisfactorias y rápidas.

A nivel latinoamericano, existe consenso en reconocer a **Colombia**, como el primer país que reaccionando a la crisis judicial, promovió la **conciliación** como una solución a la saturación y lentitud de sus tribunales, alrededor de la mitad de la década de los ochenta. La **Ley 23 del año 1.991**, impulsó la figura de la conciliación, creándose 140 Centros de Conciliación y Arbitraje. Paralelo a esta iniciativa legal, el **Ministerio de Justicia y del Derecho**<sup>100</sup>, desarrolló un programa especial con el objetivo de promover la creación y capacitación de Centros de Conciliación apoyados por el gobierno. Luego en el **año 2.001**, con la **Ley N° 640** se estableció la conciliación como una gestión prejudicial obligatoria en los procesos comerciales, civiles, y contenciosos administrativos.

En **Honduras**, se encuentra la **Ley N° 161 de Conciliación y Arbitraje**, que reguló la conciliación judicial realizada por el juez, la conciliación extrajudicial a cargo de los Centros de Conciliación, Cámaras de Comercio, jueces de paz, notarios, autoridades administrativas y otras instituciones y el arbitraje nacional e internacional.

En **Argentina**, la **Ley Nacional de Mediación y Conciliación N° 24.573**, que empezó a aplicarse en **1.996** en los tribunales civiles y comerciales de Buenos Aires, se destaca por la disminución de la duración de los procesos, el aumento de las causas que se sujetan a esta modalidad lo que conlleva a un expedito acceso a la justicia. Por dicho éxito, su implementación se extendió a los tribunales federales del resto del país, acorde con las leyes provinciales que positivaban la mediación o bien ésta se desarrolla por medio

---

<sup>100</sup> **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS, OEA:** (n. 31), p.13.

de planes piloto. Esta ley también regula la conciliación que se radica al interior del proceso, en la audiencia de prueba al decidirse sobre la admisibilidad y procedencia de la acción. Se establece la obligación del juez de llamar a las partes a una conciliación y proponerles fórmulas de acuerdo, sin considerarse esta acción un prejuzgamiento.

En nuestro país en el ámbito civil, existe la **conciliación procesal judicial como un trámite esencial obligatorio**.

La conciliación como institución procesal es relativamente nueva en nuestro Derecho. El **Código de Procedimiento Civil primitivo** no la contemplaba, excepto tratándose de los juicios sobre consentimiento para contraer matrimonio, en los cuales, en la audiencia de contestación de demanda, el tribunal tenía la obligación de procurar un avenimiento amigable entre las partes (**ex artículo 618 C.P.C.**).

La conciliación como norma de carácter general, fue introducida a nuestro Código por la **Ley N° 7.760, de 5 de febrero de 1.944**.

Con la **Ley N° 19.334 del 7 de octubre de 1.994**, se elevó la conciliación a trámite esencial en única o primera instancia, en los juicios de mayor o menor cuantía y en los juicios especiales (**artículo 795 número 2 del Código de Procedimiento Civil**). Esta innovación, responde a la necesidad de descongestionar la saturación de los tribunales de justicia, por medio de fórmulas alternativas a la dictación de una sentencia, que resolvieran el conflicto de fondo.

Por lo tanto, la conciliación procede en todos los juicios civiles, en que legalmente sea admisible la transacción (**artículo 262 del Código de Procedimiento Civil**). Así por ejemplo no procederá en los juicios sobre reclamación de paternidad, pues por referirse al estado civil de una persona no es un derecho transigible.

Se exceptúan expresamente por la ley, juicios especiales regulados en el **libro tercero del Código de Procedimiento Civil**<sup>101</sup>.

La conciliación judicial se encuentra recogida en el **Título II, del Libro II, artículos 262 al 268, del Código de Procedimiento Civil**.

Su ubicación en el **libro II “Del juicio ordinario”**, no es afortunada, desde el momento en que sus disposiciones son de carácter general y aplicable a todo procedimiento, salvo las contadas excepciones legales, por lo que a juicio de los autores, debió haberse regulado en el **libro I** relativo a **“Disposiciones comunes a todo procedimiento”**.

La oportunidad para la **conciliación judicial**, por estar sancionada como trámite esencial, es obligatoria en la etapa final de la discusión del proceso, es decir una vez evacuada la dúplica en el juicio ordinario, o una vez realizada la contestación de la demanda en el juicio sumario, principales procedimientos en que se presenta. Otro requisito copulativo es que no se haya verificado alguno de los supuestos del **artículo 313 del Código de Procedimiento Civil**, a saber, que el demandado se haya allanado a las pretensiones del demandante, o que en sus escritos no contradiga de manera sustancial y pertinente los hechos controvertidos en el juicio, y que las partes soliciten al juez que falle sin más trámite, en dichas circunstancias el juez mandará a citar a las partes a oír sentencia.

El juez debe llamar a las partes a conciliación en dicho lapso, fijando al efecto una audiencia, que deberá verificarse en un término establecido por la ley, dependiendo del juicio que se trate.

Además, el juez podrá en cualquier estado de la causa llamar a las partes a conciliación (**conciliación facultativa**) y proponerles bases de arreglo (**artículo 262 C.P.C.**). En este caso, la oportunidad para que se

---

<sup>101</sup> A saber juicio ejecutivo en las obligaciones de dar, de hacer y no hacer, juicio relativo al derecho legal de retención, citación a evicción, y los juicios de hacienda. Los tres primeros no constituyen propiamente juicios, y los últimos son aquellos en que tiene interés el Fisco y están sometidos al conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia; pues los representantes del Fisco carecen de poder o facultad para transigir, de suerte que la ley excluyó estos juicios de la posibilidad de la conciliación.

produzca la conciliación será en cualquier estado del juicio; es decir, desde que se ha notificado la demanda hasta la dictación de la sentencia definitiva.

Esta facultad del juez, es una excepción al **artículo 433**, que prohíbe, una vez citadas las partes para oír sentencia, presentar escritos o rendir pruebas de ningún género.

En cuanto a **la iniciativa de la conciliación**, le corresponde exclusivamente al tribunal, de oficio, esto es, sin necesidad de requerimiento previo de parte interesada. Dicha atribución, es una excepción al principio de pasividad que rige nuestros procesos civiles, siendo una de las pocas actuaciones que tiene el juez para proceder sin previo requerimiento de los litigantes.

En el caso de la **conciliación facultativa**, si bien la iniciativa recae exclusivamente en el juez realizar el llamado, no obsta a que las partes puedan proponer la realización de una audiencia con fines conciliatorios, quedando al arbitrio de éste aceptarla o rechazarla.

La conciliación se verifica en una audiencia o comparendo de conciliación, fijada por el tribunal, a la cual las partes podrán asistir personalmente o representadas por sus apoderados debidamente autorizados, es decir con facultades para transigir. No obstante, el juez podrá exigir la asistencia personal de las partes, sin perjuicio de la asistencia de sus apoderados.

En la audiencia, el juez actúa como amigable componedor, les presentará bases de acuerdo a las partes, a fin de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio (**artículo 263 del Código respectivo**).

Al final de dicha audiencia, puede obtenerse un acuerdo total, por el cual se terminara el juicio, debiendo levantarse un **acta** que consignará las especificaciones del arreglo obtenido, suscrita por el juez, las partes que lo deseen y el secretario del tribunal. Dicha acta, se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

En el caso de obtenerse un acuerdo parcial, se pondrá fin respecto de los puntos sobre los cuales éste se haya logrado, continuando el juicio sobre los puntos que no se hubieren resuelto.

Si no se obtuviere acuerdo, el juicio continúa, no inhabilitándose el juez, por las opiniones que emitió durante la audiencia, para el conocimiento posterior de la causa.

Asimismo, se frustrara la conciliación, si las partes no asistieren al comparendo, o se llevare a cabo en rebeldía de una de ellas, dicha circunstancia será certificada por el secretario y una vez hecha, entregara los autos al juez para que éste dé curso progresivo al proceso.

Otra figura, que recoge la **negociación directa** en el área civil, es la **transacción**, convención que está definida en el **artículo 2.446 del Código Civil**, como *“aquel contrato por el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual, efectuándose prestaciones recíprocas.”* Su campo de aplicación procede en la mayoría de las disputas contenciosas.

En **materia comercial**, la figura relevante es el **arbitraje**, especialmente en el área internacional, pues las relaciones transnacionales requieren soluciones rápidas y flexibles.

Así en los países anglosajones se utiliza el arbitraje para resolver conflictos derivados del comercio interno y externo. En **Inglaterra y Estados Unidos** existen numerosas instituciones, formadas por comerciantes e industriales, que tiene por fin prestar servicios de arbitraje a sus asociados en la resolución de sus disputas. Esta situación se repite en **Francia y Bélgica**. Generalmente estas asociaciones son anexas a las Cámaras de Comercio.

Cabe señalar que sobre el **arbitraje internacional** comercial, se han adoptado una serie de convenciones internacionales, como por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y ejecución de

Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1.958, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1.966, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1.975.

En **México** se destaca el rol de la **Cámara de Comercio de México**, pues es sede del **CAMCA**, organismo de resolución de disputas del **NAFTA**, para suministrar a las partes del tratado, servicios de RAC.

En nuestro país, siguiendo la tendencia antes señalada, se creó en 1.968 la **Comisión Chilena de Arbitraje Comercial**, como institución privada sin fines de lucro, bajo el patrocinio de la Confederación de la Producción y del Comercio y del Colegio de Abogados. Además actualmente, las **Cámaras de Comercio de Santiago y Valparaíso**, cuentan con Centros de Mediación y Arbitraje especializados, siguiendo la tendencia internacional, que estas organizaciones, promuevan el uso de este método para la resolución de las controversias entre sus asociados.

También se ha sumado al campo de aplicación de los MARC, los **conflictos que se susciten entre los consumidores y los proveedores de bienes o prestadores de servicios**, dentro del marco de la protección a los derechos del consumidor. Por ejemplo en **Argentina**, se crearon los **Tribunales Arbitrales de Consumo (1.998)**. Se encuentra regulado en la **Ley Nº 60 del año 2.003**, la cual se aplica supletoriamente a los arbitrajes especiales, especialmente en materia de consumo de bienes y servicios reguladas por la **Ley Nº 26 de 1.984 denominada Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios**

En nuestro país, el **Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)**, cumple un rol conciliador entre los consumidores y los proveedores o prestadores, como una forma de evitar el proceso judicial. Dicha labor, también es realizada por los encargados de las **Oficinas Comunales de Información al Consumidor**, dependientes de las municipalidades.

En materia de responsabilidad civil en el área de la salud, cabe destacar la **mediación comprendida en la Ley Nº 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud**, conocido como plan AUGE. En su **Título III relativo a la responsabilidad en materia sanitaria, párrafo II**, contempla la mediación.

La nueva normativa, tiene por objetivo permitir a todos los usuarios de los servicios de salud públicos y privados, ejercer su derecho a reclamar y solicitar la reparación por los daños (muerte de personas, invalidez parcial, invalidez total, daños psicológicos, daños morales, mala explicación de un profesional, etc.).

La ley establece el plazo de duración de la mediación, el cual no puede exceder de 60 días corridos, contados desde el tercer día de la primera citación. Sin embargo, se contempla la posibilidad de prorrogar por otros 60 días el plazo, previo acuerdo de las partes.

En aquellos casos donde no pudiere obtenerse un acuerdo, se levanta un acta que contendrá los resultados de la mediación y con éste el reclamante podrá presentar la demanda en el tribunal civil.

Pueden dirigirse contra los **prestadores de instituciones públicas** que conforman la red de asistencia, por ejemplo los hospitales (cualquiera sea la unidad especializada), consultorios municipales, postas; o bien contra sus funcionarios.

En este caso el reclamo deberá presentarse ante el **Consejo de Defensa del Estado**, el cual revisa los antecedentes del reclamo a fin de establecer si procede y si no ha prescrito la acción. Una vez declarado admisible el reclamo, deberá designar un mediador el cual podrá ser uno de sus funcionarios, o bien un profesional inscrito en el Registro de Mediadores. En dicho organismo se han creados unidades de mediación para este tipo de reclamos, como es el caso de la región de Valparaíso.

Se establece un procedimiento de mediación gratuito, obligatorio y prejudicial en el que participa el reclamante y el director del Servicio de Salud cuestionado, en igualdad de condiciones.

Si el reclamo se dirige contra un prestador privado, deberá presentarse ante la Superintendencia de Salud, y el mediador deberá designarse de entre aquellos que figuren en el Registro de Mediadores. Para estos efectos, la Superintendencia deberá confeccionar un Registro de Mediadores.

## E) Los MARC en los conflictos penales, o de la Justicia Restaurativa.

La Justicia Restaurativa o Reparatoria, comprende una serie de prácticas, realizadas en diferentes etapas del proceso judicial formal, sea como la derivación de casos fuera del proceso penal, en forma previa a la acción por parte del fiscal (diversión), sea acciones que se presentan en forma paralela a las decisiones del juez y las reuniones entre víctimas e infractores en cualquier etapa del proceso penal.

Así dentro de estas prácticas podemos encontrar los círculos de paz, círculos de sentencia, conferencias (encuentros entre los involucrados y representantes de organismos públicos atinentes), comisiones de verdad y reconciliación, mediación víctima - delincuente, tribunales de reparación, paneles de asistencia juvenil, salidas alternativas a la pena, etc.

Esta amplia gama de figuras, dificulta la elaboración de un concepto común. Se suma a esto<sup>102</sup> la diversidad de denominaciones dadas a esta figura, así por ejemplo se utilizan las expresiones "justicia reparadora", "justicia relacional", "justicia reintegradora", "justicia restitutiva", "justicia restaurativa comunitaria", "peacemaking o resolución alternativa de conflictos", y "mediación reparadora".

La justicia restaurativa, se basa en la nueva visión del delito, no sólo como un atentado abstracto contra el orden social, sino también como una

---

<sup>102</sup> **DÍAZ Alejandra**, "La influencia del movimiento pro víctimas en la justicia restaurativa", Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, p.199.

violación de relaciones personales y concretas; de ahí que la reacción social se dirija principalmente a la reparación del daño, en la víctima, su entorno, y en la sociedad.

**Ivo Aertsen** citando en su artículo a **Tony Marshall** (1.998), define la Justicia Restauradora como "*un proceso en que las partes, con la mira en un delito específico, resuelven conjuntamente cómo enfrentar las consecuencias de un delito y sus implicaciones para el futuro*", o en un segundo aporte del mismo autor como "*la aproximación de solución - problema al delito, que implica a las partes en sí mismas y generalmente a la comunidad, en una activa relación con las agencias legales, no configurando una práctica especial sino un conjunto de principios que pueden orientar la práctica general de cualquiera agencia o grupo con relación al delito*".<sup>103</sup>

Esta definición es criticada por algunos autores, pues sólo contemplaría las reuniones cara a cara (mediaciones directas) y no enfatizaría en el objetivo relativo a la reparación del daño<sup>104</sup>.

El profesor belga **Ivo Aertsen** cita un tercer concepto del **Consortio Británico de Justicia Restauradora** de 1.998 que señala que "*la Justicia Restauradora busca equilibrar los intereses de la víctima y de la comunidad, con la necesidad de reintegrar al delincuente en la sociedad. Pretende ayudar a la recuperación de la víctima y permitir a todas las partes interesadas en el proceso judicial participar provechosamente en él*".

---

<sup>103</sup> **AERTSEN IVO**, "*La Justicia Restauradora en una perspectiva europea*", Cuaderno de Criminología, número 10, Instituto de Criminología Santiago, 2000, p. 35.

<sup>104</sup> **DALY KATHLEEN**, "*Justicia Restaurativa: La historia real*", Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, año 2003, p. 129.

Aproximándonos a la Justicia Restauradora, **Kathleen Daly** sugiere su **comparación con la tradicional Justicia Retributiva**, quien señala las siguientes diferencias<sup>105</sup>:

- ❖ La Justicia Restauradora se dirige a la reparación del daño ocasionado por el delito, y la Justicia Retributiva apunta al castigo del delito.
- ❖ La Justicia Restauradora genera un espacio de diálogo y negociación entre las partes, dando un espacio para la aplicación de los MARC; en contraste con la relación confrontacional producida por la Justicia Tradicional.
- ❖ En la Justicia Restauradora, los interesados tienen un rol más activo, en cambio en la Justicia Retributiva el rol protagónico es asumido por el Estado, a través de sus órganos respectivos.

En una primera caracterización, bajo el análisis de lo anteriormente expuesto y siguiendo al autor **Ivo Aertsen** y **Kathleen Daly**, podemos señalar los **siguientes elementos de la justicia restauradora**:

- ❖ No es un movimiento paralelo u opuesto al sistema de la justicia penal.
- ❖ Esta figura no comprende solamente a la víctima y al infractor, sino también a otros interesados en el conflicto, como por ejemplo la comunidad; tendencia que se conoce como la desindividualización de la "justicia restauradora". Sin embargo, el modelo clásico mediación víctima – delincuente es aún la expresión más importante de la justicia restauradora.
- ❖ La Justicia Restaurativa se vincula con aquellos casos en que los infractores han admitido su responsabilidad.
- ❖ La participación de la víctima y su experiencia producida por el delito es uno de los elementos esenciales de la Justicia Restaurativa.
- ❖ Busca obtener una solución orientada hacia el futuro.
- ❖ Flexibilidad en las prácticas.
- ❖ Otorga mayor énfasis a la reparación del daño producido por el delito, por sobre la responsabilidad del autor.

---

<sup>105</sup> **DALY KATHLEEN:** (n.104), p. 132.

- ❖ Uno de sus objetivos, es la reintegración del autor del delito a la comunidad.

Un relato que goza de amplia recepción, en lo que respecta al origen de la Justicia Restaurativa, es aquel que considera a la **cultura maorí de Nueva Zelanda**, como su raíz directa. Dicha cultura tenía un sistema de justicia que compartía elementos comunes con nuestra actual Justicia Restaurativa, con bases en la comunidad y el cual tuvo aplicación y difusión en los conflictos sobre propiedades que se originaron producto de la colonización.<sup>106</sup>

Sin embargo, para **Kathleen Daly**, las conferencias maorís practicadas en los años 80, responden a una reacción al sistema judicial penal neozelandés, por las cuales buscaban tener una mayor participación en los acontecimientos, que los tribunales fueran culturalmente apropiados y los procesos incorporaran una serie de prácticas propias; la respuesta del sistema de justicia blanco fue la flexibilización y adaptación a las diferencias culturales de las minorías étnicas del país. Pero dicho movimiento, para ella no puede enmarcarse en el grupo de las prácticas ancestrales ni el rescate de sistemas pre europeos, sino como un sistema de justicia culturalmente apropiado, denominado por la autora como "justicia ensamblada"<sup>107</sup>.

La concepción moderna de Justicia Restaurativa comienza a mediados de la década de los 70, en **Canadá**<sup>108</sup>. En **Ontario** se implementó un programa de reconciliación infractor – víctima, bajo la promoción del grupo Mennonite y otras comunidades religiosas. Este programa tenía por finalidad acercar a la víctima y al ofensor a un espacio de dialogo respetuoso y seguro,

---

<sup>106</sup> **JANTZIV Vernon**: "*Justicia Restaurativa en Nueva Zelanda: Práctica actual y desafíos estratégicos*", Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, año 2003, p.169.

<sup>107</sup> **DALY KATHLEEN**, (n.103), p. 140

<sup>108</sup> **MASTERS GUY**, "*Reflexiones sobre el Derecho Internacional de la Justicia Restaurativa*". Revista CREA número 4, Universidad Católica de Temuco, año 2003, p.120. "El primer caso en que consta la aplicación práctica de la justicia restaurativa data en el año 1.975 en **Canadá**, referente al caso de dos adultos jóvenes juzgados por veintidós actos de vandalismos cometidos en casas de su vecindario. El agente de libertad vigilada encargado, perteneciente al grupo Mennonite de índole religioso interesado en introducir principios cristianos en la aplicación de condenas; propuso al juez, el reemplazo de la sanción consistente en una multa y la sujeción al régimen de libertad vigilada, por una reunión de los autores con las víctimas en la cual debatir sobre la reparación o compensación de los daños causados como requisito de la concesión de libertad vigilada; proposición que fue aceptada con resultados exitosos".

ayudados por un mediador que facilitaría la negociación entre ellos pro reparación de los perjuicios, a través de una indemnización o trabajos comunitarios. Posteriormente se agregaron otros objetivos, a saber: la intención de las víctimas de ser escuchadas, exponer las consecuencias provocadas por el delito en sus vidas, hacer preguntas, observar el arrepentimiento de los infractores y resarcir el daño ocasionado por éstos. A su vez, los infractores evaluaron positivamente el espacio dado para ser escuchados por las víctimas y la posibilidad de negociar los daños reembolsables. Esto se expresaría en el alto grado de satisfacción manifestado por los participantes en las mediaciones realizadas.

Un fundamento implícito en la adopción de esta figura, fue la constatación de la imposibilidad de absorber todos los delitos perseguibles con la correspondiente sentencia por el sistema penal. Así los procedimientos breves y sencillos y las salidas alternativas, se plantearon como soluciones para la obtención de una justicia eficaz, en cuanto al número de causas terminadas. Complementa esta posición, el principio de oportunidad que inspirará las reformas, es decir el establecimiento de un proceso selectivo, concentrando la actividad del sistema penal en aquellos delitos que por decisiones de política criminal sean elegidos. La utilización de estos métodos alternativos, implicarán un ahorro a la administración de justicia desde un punto de vista económico y temporal.

Sin embargo una **primera crítica hecha a la Justicia Restauradora**, se formula desde la posición de las víctimas, pues se pensaba que el agresor utilizaría a la víctima para modificar la sentencia condenatoria, ya sea reduciendo la pena o evitando el procesamiento. Dicha circunstancia provocó una lenta aplicación de esta figura, cuyos resultados favorables a las víctimas, removi6 las inquietudes planteadas inicialmente, aumentado su utilización.

Otra **crítica** a la incorporación de esta figura, es el riesgo implícito que no se esclarezcan los hechos en forma jurídica, sino que su establecimiento surja del acuerdo consensual de los interesados.

Los procesos de justicia restaurativa pueden desarrollarse ya sea en adición a los sistemas penales existentes (considerándose al momento de dictar la sentencia), o bien como una vía alternativa a dicho sistema a fin que el infractor no ingrese a éste o sea privado de libertad, así se conoce como *Plea Bargaining*, es decir "súplica por el descuento", lo que expresa los beneficios obtenidos por el infractor al existir una negociación exitosa.

Generalmente se utiliza la Justicia Restauradora en delitos contra la propiedad menores, cometidos por jóvenes (generalmente primerizos), y delitos cometidos por adultos con violencia menor. Existe la tendencia a expandirla a delitos más graves o violentos, especializándose los servicios para estas áreas.

Analizando la Justicia Restauradora desde el punto de vista de los sujetos encargados de realizarla, puede corresponder a servicios de mediación públicos o privados (profesionales o voluntarios), o bien por un funcionario u organización perteneciente al sistema judicial dentro de sus competencias, por ejemplo un funcionario judicial, agente de policía, agentes de libertad vigilada. Por ejemplo existen mediadores voluntarios en Canadá, Estados Unidos, Noruega, Finlandia y Francia; y mediadores profesionales en Austria, Alemania y Bélgica.

Existen **organizaciones** que pueden encontrarse vinculadas en mayor o menor grado a los servicios la mediación, como por ejemplo los agentes de libertad vigilada, organizaciones de apoyo a las víctimas, instituciones sociales o públicas. Todo depende de la estructura que le den los distintos ordenamientos jurídicos a éstas, por ejemplo otorgando el rol protagónico a los tribunales, a los agentes de libertad vigilada o bien dando preponderancia a los afectados.

En cuanto a la oportunidad, la Justicia Restauradora puede plantearse durante el proceso, como una vía más de solución. Este servicio es principalmente solicitado por las fiscalías o las policías. La adopción de un acuerdo, omite la presentación de cargos por parte de la fiscalía o es considerada por el juez al momento de dictar sentencia. También puede

solicitarse después de dictada la sentencia condenatoria respectiva, por ejemplo en **Holanda**, existe un programa piloto en colaboración con las organizaciones nacionales de libertad vigilada y apoyo a las víctimas, en el cual la víctima o el infractor puede solicitar mediación después de la sentencia condenatoria privativa de libertad, dicho plan tiene por objetivo contribuir en el enfrentamiento psicológico por parte de la víctima y el autor.

Dentro de las figuras de la Justicia Restauradora destaca la mediación, la cual puede desarrollarse en encuentros entre la víctima y el delincuente, conocida como mediación directa como en **Noruega** y **Estados Unidos**; o bien sin exigirse dicho encuentro personalmente, como en **Reino Unido**, y **Bélgica**.

En los países nórdicos europeos como **Noruega** y **Finlandia**, la mediación adquirió una identidad propia e independiente pues se potencia la participación de las partes inmediatas con preferencia a los órganos públicos, así cumplen un rol destacado los profesionales del área privada y los particulares, en contraste a la actuación de los servicios de libertad vigilada y los organismos de apoyo a las víctimas.

En **Finlandia**, la **mediación** se encuentra implementada en las 2/3 partes de sus municipalidades, siendo factores en su éxito práctico el compromiso local y capacitación de los jueces. Una consecuencia particular en este país, es la reducción de la población carcelaria, desde la inserción de la justicia restauradora.

En **Francia**, la aplicación de la Justicia Restauradora ha sido potenciada principalmente por los servicios de apoyo a la víctima. En **Bélgica**, se distinguió entre la **mediación** aplicada a delitos graves (cuya base son las necesidades de la víctima) y los delitos menos graves. En **Estados Unidos**, la **Organización Nacional para Asistencia a las Víctimas** (**National Organization for Victim Assistance, NOVA**) postula que la **mediación** considerara efectivamente las necesidades de las víctimas si se orienta

cuidadosamente bajo los principios de protección a éstas, incluso en los delitos violentos.

En el plano europeo, se están desarrollando planes de intercambio de información bilateral o regional, sobre las experiencias realizadas en los respectivos países. Por ejemplo, la entrega de información sobre experiencias prácticas y estudios en **Austria** y **Alemania** a **Polonia**, **Noruega** y **Dinamarca**, permitió el apoyo para el desarrollo de la mediación y el entrenamiento de mediadores. Los países nórdicos realizan periódicamente consultas regionales.

El **Consejo de Europa** ha organizado conferencias, promoviendo la introducción de la mediación en los países orientales del continente, y la redacción de una Recomendación con un Memorandum Explicatorio. Dicha Recomendación, en que se recoge la mediación penal como una herramienta alternativa o complementaria a los procesos criminales, con carácter flexible, comprensiva y orientada hacia las partes, susceptible de ser solicitada en todas las etapas del proceso, con la autonomía suficiente dentro del sistema de justicia criminal. Se complementan dichas iniciativas con la creación de un Foro Europeo para la Mediación Víctima - Delincuente, y el programa de post grado sobre Mediación Europea que se está preparando por ocho universidades del continente.

También encontramos en la Justicia Restauradora, a la **negociación** (el ya mencionado plea bargaining) y la **conciliación**. Éstas son practicadas por organismos independientes especializados, a fin de facilitar la imparcialidad y confidencialidad necesarias. Por ejemplo en **Alemania**, existen los planes de conciliación delincuente - víctima, especialmente a propósito de la delincuencia juvenil y los delitos de acción privada; en **Austria** la resolución de conflictos en el área criminal, se denomina "Compensación de la ofensa fuera de los tribunales", llevada a cabo no por un mediador sino por el "Regulador de conflictos" en un espacio semejante a la negociación o la conciliación.

En **Nueva Zelanda** se practican las **conferencias entre la víctima y el infractor**, cuyos objetivos son: conformar un canal de expresión de la víctima por el cual exprese su percepción del delito y las consecuencias de éste en su vida, la aceptación de la responsabilidad por parte del infractor y que conteste las preguntas que le plantee la víctima a fin de definir la reparación del daño ocasionado por el delito, disminuir el temor en la víctima y la posibilidad de reincidencia del delincuente, lo cual podría rotularse en los vocablos restitución - reconciliación - sanación de la víctima y del infractor. Estas prácticas se realizan a través de los **VORP** (programas de reconciliación víctima - infractor)<sup>109</sup>.

Además, existe la **derivación de casos a cargo de la policía**, en los delitos menores y aquellos cometidos por primerizos, a fin de que éstos no tengan que comparecer ante un tribunal penal y evitar la anotación prontuarial. Se reemplaza lo anterior por **penas alternativas** que contemplen la reparación del daño provocado a la víctima.

En **América Latina**, a principios de la década de los 90, comenzó un movimiento reformador y modernizador de la justicia criminal, reconociéndose tres influencias importantes en los gobiernos: organismos internacionales (Banco Interamericano de Desarrollo BID, Organización de Estados Americanos (OEA), el movimiento ADR (Alternative Dispute Resolution - Resolución alternativa de Conflictos RAC) y el creciente reconocimiento de los derechos de las víctimas<sup>110</sup>.

En **Argentina**, luego de la inserción de la conciliación y la mediación en el ámbito civil, comercial, comunitario y laboral, en 1.998 el **Ministerio Nacional de Justicia** y la **Escuela de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**, con la colaboración de la **Fundación Libra**, implementaron un proyecto piloto de mediación penal en la provincia de Buenos Aires.

---

<sup>109</sup> **JANTZIV Vernon:** (n.106), p. 175.

<sup>110</sup> **PARKER Lynette:** (n.95), pp.217-242.

Se utiliza la **mediación** en casos con bajos niveles de conflictividad, con predisposición de las partes para comunicarse y con posibilidad de acordar una reparación económica para la víctima. También se contempla la **conciliación**, que se aplica en los casos que presenten una desigualdad social notoria entre las partes, no exista un ambiente propicio para la comunicación, exista un alto nivel de conflictividad y exista más de una persona involucrada en cada parte.

Y el tercer mecanismo contemplado es la **conferencia de conciliación con moderador (CCM)**, utilizado si no existe acuerdo sobre la ocurrencia de los hechos. Consiste en la presentación de cada parte del caso a un panel conformado por tres asesores, de los cuales uno pertenece al proyecto RAC y los otros dos son miembros de la comunidad sugeridos por los participantes. En las audiencias respectivas, cada parte puede presentar pruebas para fundar su relato sobre los hechos; una vez agotada esta actividad, los miembros del panel se retiran para discutir la evidencia; después se reúnen individualmente con cada parte y les exponen los méritos del caso en un posible juicio. En este momento, las partes deciden si continúan con el sistema alternativo o regresan al sistema formal.

En **Brasil**, la Justicia Restaurativa se encuentra recogida implícitamente en la **Ley para niños y adolescentes de 1.990**, pues se concede al juez dentro de sus facultades, la aplicación de sanciones alternativas para la determinación de la condena, por ejemplo servicios comunitarios o asistencia escolar específica, reparación.

En **1.995**, se positivó la **conciliación y la mediación penal** por la **Ley Federal Nº 9.099**, la cual creó tribunales especiales para la aplicación de estos métodos en delitos cuya pena no fuere superior a dos años de cárcel.

En **Costa Rica**, en **1.996**, la **Ley de Justicia Penal Juvenil** incorporó el uso de la **conciliación voluntaria**; y en **1.998**, se dictó un nuevo **Código Procesal Penal**, que extendió la conciliación a delitos cometidos por primerizos y cuya pena no fuere superior a 3 años de prisión, la cual debería contar con la aprobación judicial.

La Justicia Restauradora en nuestro país, plantea una distinción: el período anterior a la Reforma Procesal Penal y la vigencia actual de ésta.

Bajo el régimen del antiguo **Código de Procedimiento Penal de 1.906**, los espacios permitidos para la Justicia Restauradora correspondían a las consecuencias civiles derivadas del delito (acción civil), restringiéndose la autocomposición en materia criminal estrictamente sólo a las acciones penales privadas (por ejemplo el perdón del ofendido).

En la actualidad, la **Reforma Procesal Penal**, introduce en el **párrafo 6 del Título Primero del Libro II del Código de Procedimiento Penal, artículos 237 y siguientes**, los **acuerdos reparatorios**.

**María Inés Horvitz** define los acuerdos reparatorios como *“un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho, que se persigue penalmente, y que aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal.”*<sup>111</sup>

El penalista **Waldo del Villar Mascardi** los define *“Como la salida alternativa consistente en un acuerdo entre la víctima e imputado, por el cual éste se obliga a favor de aquélla a reparar de algún modo los efectos producidos por el hecho punible teniendo el mérito de poner término al procedimiento.”*<sup>112</sup>

La regulación de los acuerdos reparatorios, se funda en **tres presupuestos básicos**: el carácter de disponible de un bien jurídico patrimonial lesionado; la concreción de un tipo penal específico referente a los delitos contra las personas y, en último término, la presencia de culpa dentro de la estructura del delito (delito culposos).

---

<sup>111</sup> **HORVITZ María Inés, LÓPEZ Julián**, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2003, p. 569.

<sup>112</sup> **DEL VILLAR MASCARDI Waldo**: “El modelo Harvard en el nuevo procedimiento penal chileno”. En <http://www.camvalpo.cl/>.

Para que procedan los acuerdos reparatorios, debe existir<sup>113</sup>:

i) **Acuerdo entre víctima e imputado:** La negociación para lograr el acuerdo de voluntad será entre la víctima y el imputado, ajeno a la voluntad del fiscal. Se trata de satisfacer los intereses de la víctima y mejorar el resultado procesal del imputado.

Al imputado no se le exige reconocimiento de culpa, solo se requiere su consentimiento para aceptar la salida alternativa y renunciar al juicio ordinario. Cumplidos los requisitos de procedencia de esta figura, las partes podrán gestionar libremente el contenido de un acuerdo.

La reparación acordada por las partes no es necesariamente de carácter pecuniario, sino que podrá referirse a cualquiera prestación que sea de significación para la víctima y conforme a la cual se sienta resarcida.

Se ha dicho en doctrina, que habrá reparación en cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la ocurrencia del delito y satisfaga a la víctima.

ii) **Cierto tipo de hecho punible:** En cuanto al hecho punible, el **inciso segundo del artículo 241 del Código de Procesal Penal** señala que los acuerdos reparatorios sólo son procedentes respecto de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o hechos que constituyeren delitos culposos.

La redacción del Código no limita los acuerdos a delitos en contra de la propiedad, lo que permite y así sucede en la práctica, dar a este sistema alternativo una aplicación mayor, extendiéndolo a delitos de connotación patrimonial tales como falsedades instrumentales y delitos económicos.

El concepto de bienes jurídicos disponibles se planteó como un concepto que permitiera una interpretación progresiva por parte del Juez.

---

<sup>113</sup> **DEL VILLAR MASCARDI Waldo:**(n.112), p.3.

iii) **Aprobación judicial:** El acuerdo reparatorio necesita de la aprobación del juez de garantía, quien es el encargado del control de legalidad, no siendo competente para cuestionar el fondo de la negociación sino examinar el cumplimiento de los requisitos de procedencia, conforme al **artículo 241 del Código de Procedimiento Penal**.

La aprobación se hará en una audiencia, a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos y verificar la voluntad libre y manifestada en conformidad a la ley, con pleno conocimiento de sus derechos. En caso contrario, el juez podrá negar la aprobación al acuerdo reparatorio.

El **acuerdo reparatorio** aprobado por el Juez de Garantía, producirá el efecto de la **dictación del sobreseimiento definitivo, total o parcial**, con lo que se extinguirá total o parcialmente la responsabilidad penal del imputado (**artículo 242**). En materia civil, se podrá pedir el cumplimiento ante el Juez competente conforme a los **artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil**.

Las estadísticas de los años 2.000 a 2.002, sobre la utilización de esta salida alternativa, indican su escasa aplicación en las regiones II; III; IV; VII y IX. Este mecanismo tuvo aplicación en 352 casos en la II Región; en 107 en la III Región; en 219 en la IV Región; en 409 en la VII Región y en 758 en la IX Región, lo que comparado con los ingresos totales del sistema judicial penal determina un porcentaje de aplicación cercano al 1%.

Se señala por la doctrina que su aplicación restrictiva puede obedecer a que este mecanismo de salida alternativa solo es procedente, luego de formalizada la investigación en los términos que indica el **artículo 245 del Código de Procesal Penal**. Sin embargo, constituyendo las salidas alternativas un modo de descongestión del procedimiento, deberán en el futuro próximo avanzar en su aplicación, más aun considerando que favorece la resolución inmediata de los conflictos penales entre las partes.

Junto con la instauración de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico y recogiendo el principio de protección a las víctimas, se crearon **Unidades de Asistencia para las Víctimas y Testigos**, dependientes del Ministerio Público, los **Centro de Atención para las Víctimas de los Crímenes Violentos**, dependiente de las **Corporación de Asistencia Judicial**, el **Centro de Atención para las Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS)** dependiente de la **Policía de Investigaciones** y el **Servicio Nacional de Menores**, las cuales proporcionan apoyo psicológico, legal y material a las víctimas y sus familias. Además, se trazó una red de apoyo complementaria a la asistencia de las víctimas, coordinándose diferentes instituciones públicas y privadas, dentro o fuera del proceso penal.

Respecto a los agresores, existen los **Centros de Reinserción social (CRS)** y **albergues**, con el fin de otorgar una red de apoyo social, complementada con programas estatales para la educación y capacitación de los reclusos.

## **F) Los MARC en los conflictos laborales:**

Existe una amplia aplicación de los MARC en los conflictos que se suscitan entre los empleadores y los trabajadores (sea que actúen individualmente o colectivamente) a propósito del cumplimiento del contrato de trabajo.

Esta aplicación es impulsada por la tendencia al interior de las empresas o industrias, a otorgar mayor protagonismo a sus trabajadores (recursos humanos). Así se han incorporado a éstos en el diseño de los objetivos de sus empresas, las metas de productividad y posicionamiento en el mercado.

La aplicación de estas soluciones colaborativas, tiene por objeto la prevención y solución pacífica de las disputas, y pretenden contribuir al

desarrollo armónico de las relaciones laborales y la promoción de una cultura colaborativa entre los actores respectivos.

Los MARC más utilizados son la conciliación, la mediación y el arbitraje.

La **Conciliación** está recogida por ejemplo en **España**, en la cual se establece como un requisito obligatorio previo a la presentación de una demanda laboral. Ésta se verifica ante un organismo administrativo o bien ante un particular que tuviere convenio con la institución estatal respectiva.

También puede ser conocida por un ente jurisdiccional especial, como los tribunales tripartitos en **México**, ante los cuales se verifica la conciliación obligatoria previa al juicio propiamente tal. En similar situación encontramos los jueces de paz, encargados de promover acuerdos conciliatorios, en **Bélgica** y **Francia**.

En **Argentina**, en 1.999, se promulgó la **Ley 24.635 de Conciliación Laboral Prejudicial Obligatoria**, que establece la conciliación como una etapa prejudicial obligatoria bajo supervisión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y con intervención de conciliadores inscritos en el Registro de Conciliadores del Ministerios de Justicia. Esta ley, también establece la posibilidad de recurrir al arbitraje si las partes estuvieren de acuerdo y de ser infructuosa la conciliación. El Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio revisa los acuerdos adoptados a modo de control de legalidad, para que no se viole el orden laboral público.

En **Chile**, la conciliación se puede desarrollar en sede administrativa o judicial.

En el primer caso, la **Inspección del Trabajo** tomando conocimiento de un reclamo interpuesto por un trabajador, instará a las partes a un acuerdo conciliatorio a través de una audiencia llevada a cabo para tal efecto. Estos reclamos son presentados con ocasión del término de la relación laboral entre el empleador y el trabajador, siempre que este último considerase que

se le adeudan remuneraciones u otros beneficios laborales o provisionales<sup>114</sup>.

Por lo tanto la actuación de esta entidad administrativa, es prejudicial y preventiva, a fin de evitar que el conflicto llegue a la sede judicial.

Dicha actuación es llevada a cabo por **las Unidades de Conciliación Individual de la Inspección** respectiva o por un **Centro de Mediación y Conciliación** en aquellas oficinas en que se encuentren habilitados.

En dicha audiencia, se plantean todas las pretensiones del trabajador. El empleador, deberá efectuar los descargos pertinentes presentando toda la documentación solicitada en la citación que se le hubiera practicado (por ejemplo libro auxiliar de remuneraciones, comprobante de vacaciones, etc).

Durante las audiencias, el Inspector no tienen facultades para imponer una determinada estipulación, pues se mantiene la potestad en las partes, quienes son los contratantes que han concurrido a la celebración del pacto original.

Si se adoptare un acuerdo total o parcial, éste tendrá mérito ejecutivo. En caso contrario, el trabajador deberá presentar la respectiva demanda ante el tribunal del Trabajo competente. Sin perjuicio de lo anterior, la Inspección del Trabajo aplicará las sanciones correspondientes por las infracciones a la legislación laboral y previsional, detectadas con ocasión de la audiencia.

Esta facultad de la Inspección del Trabajo es criticada por la OIT, pues en la mayoría de los países en que está presente este organismo, como su nombre lo indica, sus funciones se limitan al control del cumplimiento de las normas laborales y no a la búsqueda de acuerdos<sup>115</sup>.

La **conciliación en sede judicial**, implica una distinción previa, entre el procedimiento laboral de aplicación general y el juicio laboral de menor cuantía.

---

<sup>114</sup> **DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE RELACIONES LABORALES**, “*Guía sobre trámites frecuentes en las Inspecciones del Trabajo*”, Dirección del Trabajo, Santiago, 2004, p.13.

<sup>115</sup> **ACEVEDO Andrea, CATALDO Ximena**: “*La Conciliación en materia laboral*”, Memoria para optar a grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Central, año 2000, p. 44.

En el **procedimiento laboral ordinario**, cerrada la etapa de discusión y existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el tribunal citará a una audiencia de prueba, en la cual la primera actividad a realizar por el juez será el llamado a conciliación de las partes. En caso contrario, de no existir hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos se citará a las partes para oír sentencia y a una audiencia de conciliación (**artículo 442 del Código del Trabajo**).

En el **juicio laboral de menor cuantía**, una vez presentada la demanda, el tribunal citará a las partes a una audiencia de discusión, conciliación y prueba (**artículo 459 del Código del Trabajo**).

A estas audiencias, las partes podrán comparecer personalmente o bien representadas por mandatario especialmente facultado para transigir, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados.

Si se adoptare un acuerdo total o parcial, se deberá levantar un acta que contenga lo estipulado por las partes. Dicho acuerdo debe ser aprobado por el juez. Cabe señalar que lo aprobado por el tribunal es el avenimiento adoptado por las partes, pues la conciliación sólo comprende el llamado que se realiza a los interesados en el conflicto para obtener un acuerdo.

Según lo prescrito por el **artículo 262 del Código de Procedimiento Civil** en concordancia con el **artículo 426 del Código del Trabajo**, el avenimiento aprobado judicialmente se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos.

La **mediación laboral** es otra figura adoptada en nuestro país, a propósito de los conflictos laborales colectivos.

La **Dirección del Trabajo**, a través de la **orden de servicio número 1 del 2.002**, institucionaliza el sistema de mediación. Sin embargo, con anterioridad a esta directriz, realizaba buenos oficios, a fin de acercar a las partes en las situaciones de huelga durante una negociación colectiva.

La mediación laboral es un mecanismo de prevención y solución de disputas que pretende contribuir al desarrollo armónico de las relaciones

laborales y la promoción de una cultura colaborativa entre los actores laborales<sup>116</sup>.

Esta figura está contemplada en **Título IV, Libro IV, del código del Trabajo**.

La Dirección del Trabajo, en la implementación de este método en materia de negociación colectiva, ha adoptado los siguientes principios que se agregan a los principios tradicionales de la mediación: **integralidad**, pues la mediación se inserta como una nueva línea operativa y complementaria al conjunto de prestaciones que desarrolla esta institución administrativa; **gratuidad** y **equidad**; **buena fe** pues la actuación de las partes debe desarrollarse en un marco de compromiso y disposición para con los principios y propósitos del sistema; **legalidad**, por el cual el proceso de mediación deberá sujetarse a las normas vigentes del Derecho Laboral, y a los valores de justicia, equidad y bien común<sup>117</sup>.

La **Dirección del Trabajo**, distingue tres tipos de mediación laboral: la mediación a petición de partes, la mediación de oficio y los buenos oficios del **artículo 374 bis del Código del Trabajo**<sup>118</sup>.

La **mediación a petición de parte**, puede ser solicitada por cualquiera de las partes involucradas en el conflicto en cualquier momento y sobre cualquier materia laboral que sea motivo de controversia. La concurrencia a este proceso es voluntaria, mutuamente acordado por las partes, sin existir un plazo legal para su duración.

La **mediación de oficio** es aquella que la **Dirección del Trabajo** ofrece a las partes ante la posibilidad de un conflicto o cuando éste se ha manifestado. Este tipo admite una subdistinción: la **mediación programada**, que es aquella que ofrece el ente administrativo por iniciativa propia como una forma de contribuir a la prevención de conflictos o para mejorar el

---

<sup>116</sup> **ARROYO Leonor, BALTERA Pablo, BOLIVAR Ernesto, ESPINOZA Malva:** “*Mediación laboral: Antecedentes y reflexiones acerca de una experiencia innovadora*”, Aportes al Debate Laboral número 12, Dirección del Trabajo, Santiago, año 2003, p. 8.

<sup>117</sup> **ARROYO Leonor, BALTERA Pablo, BOLIVAR Ernesto, ESPINOZA Malva:** (n.116), p.10.

<sup>118</sup> **ARROYO Leonor, BALTERA Pablo, BOLIVAR Ernesto, ESPINOZA Malva:** (n.116), p.11.

ambiente laboral; y la **mediación reactiva**, que es aquella que ofrece la Dirección frente a un conflicto manifiesto.

Los **buenos oficios o mediación oficiosa** son incorporados por el **artículo 374 bis del Código del Trabajo**, el cual permite que en los procesos de negociación colectiva reglada y dentro de las 48 horas siguientes de acordada la huelga, sin que se haya recurrido a mediación o arbitraje voluntario, cualquiera de las partes puede solicitar al Inspector del Trabajo competente, la interposición de sus buenos oficios. El plazo para desarrollar esta actuación es de 5 días hábiles, prorrogables por acuerdo de las partes.

Para la **Dirección del Trabajo**, esta figura no constituiría una mediación propiamente tal, por la forma en que se produce la incorporación de las partes al proceso, sin embargo la otorga igual tratamiento que a la mediación al utilizar mediadores profesionales y el mismo procedimiento.

Las primeras evaluaciones realizadas por la **Dirección del Trabajo** sobre la aplicación de los buenos oficios, concluyeron el aumento de la demanda por esta figura, especialmente por parte de los representantes de los trabajadores (80%), durante las votaciones de huelga, lo cual evitaba que esta última se concretara en la práctica<sup>119</sup>.

El tercer MARC regulado en nuestra legislación laboral, es el **arbitraje**, distinguiendo entre el arbitraje voluntario y obligatorio.

El arbitraje voluntario, pueden aplicarse a una negociación colectiva en cualquier momento, es decir durante la negociación misma, o durante la huelga, o el cierre temporal de la empresa o lock-out (**artículo 355 del Código del Trabajo**).

---

<sup>119</sup> **MONTES Paula:** “*La mediación Oficiosa: Una nueva modalidad en la solución de los conflictos laborales colectivos*”, La Semana Jurídica, semana del 24 al 30 de junio, año 2002, Editorial Lexis Nexis, Santiago.

El arbitraje es obligatorio en aquellos casos en que esté prohibida la huelga o el cierre temporal de la empresa o lock-out, y en caso de la reanudación de las faenas prevista en el artículo 385 del Código del Trabajo.

### G) Los MARC en los conflictos familiares:

En el **Derecho de Familia**, los MARC son ampliamente utilizados pues presentan la ventaja de adaptar las particularidades de los conflictos entre miembros de una familia, recogiendo los elementos emocionales inherentes, y favoreciendo la continuación de las relaciones entre los involucrados, circunstancias determinantes en este tipo de quiebres.

Existe la opinión que destaca la mediación como una de las formas de desjudicializar los conflictos del orden de la familia, considerando las particularidades de la dinámica que presentan estos conflictos, a diferencia de las disputas patrimoniales.

Los conflictos familiares se ubican en el área de los afectos y emociones, por lo que su trayectoria muchas veces es impredecible, y además en la mayoría de los casos, las pretensiones y reclamos de los involucrados sobrepasan el campo jurídico. Complementa esta observación, la circunstancia que las obligaciones y deberes de familia tienen un cumplimiento periódico, sucesivo y permanente, lo cual puede llevar a la eternización de los procesos judiciales; así pues aún cuando exista una sentencia, transacción o avenimiento que se haya pronunciado sobre un derecho disputado, no es una garantía de una solución permanente y definitiva<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> **LÓPEZ DÍAZ, Carlos:** *Matrimonio Civil: Nuevo Régimen*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2003, p. 232.

En el **área familiar**, se aplica en los conflictos entre los cónyuges, sobre el cuidado personal de los hijos, el derecho de alimentos, el derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos o régimen de visitas, las cuestiones derivadas de una sucesión hereditaria, el cuidado de miembros de la familia, etc. Los estudios preliminares referentes a los efectos de la mediación, aunque se limitaban principalmente a casos de divorcio, indican que el alcance teórico de la mediación es real y mensurable.

En el segundo capítulo de este trabajo, intentaremos abordar extensamente la mediación familiar.

A nivel de Derecho Comparado, en **Bélgica** ya rige la **Ley sobre Mediación Familiar** del año 2.001, además se establece el uso extrajudicial obligatorio de los MARC en materia contenciosa laboral y de contrato de arrendamiento rústico; y en **Francia** se introdujo mediante la reforma de la ley de enjuiciamiento que agrega la mediación judicial.

En Chile, antes de la **Ley N° 19.968** que crea los **Tribunales de Familia**, se aplicaba la **conciliación** a la mayoría de los procesos relativos a disputas familiares, como por ejemplo, alimentos mayores y menores, cuidado personal, visitas, violencia intrafamiliar. Se excluían expresamente las acciones sobre reclamaciones de paternidad, los juicios sobre adopción y las nulidades de matrimoniales.

En materia de arbitraje forzoso, la liquidación de la sociedad conyugal era materia de este procedimiento.

Con la nueva ley sobre Tribunales de Familia, se incorpora al esquema antes señalado, la mediación, punto que será objeto de análisis en nuestro cuarto capítulo.

SEGUNDO CAPÍTULO:  
SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

## I.- LA FAMILIA:

### A) El concepto de familia:

#### 1.- El concepto de familia desde el Derecho:

**Marinés Suares** nos advierte sobre la importancia de reflexionar sobre el concepto de familia, especialmente para el mediador, pues para trabajar este tipo de conflictos, deberá manejar una respuesta para la pregunta **¿qué es una familia?**<sup>121</sup>

Tan cotidiana y natural parece esta institución, que la familia como objeto de conocimiento en el área de las ciencias sociales es reciente; sólo a partir del **siglo XIX** los autores dirigen sus trabajos a ésta, pero en el **siglo XX**, desde **1.959** su desarrollo se destaca y multiplica. Este olvido, es común a otras áreas de conocimiento, como por ejemplo el conflicto, el hombre, la mujer, etc.

También cabe considerar la especialización de las ciencias, situación propia de nuestra era, lleva a la coexistencia de múltiples conceptos, metodologías y estudios sobre la familia, dependiendo de la óptica que la comprenda como objeto de conocimiento; y cuyo abordaje extendería este trabajo, apartándonos de nuestra labor específica, por lo cual el énfasis en este punto, estará orientado por nuestra ciencia: el Derecho.

---

<sup>121</sup> **SUARES Marinés:** (n.6), p.160

El vocablo "**familia**", etimológicamente proviene de "*Famulia*", derivación de "*Famulus*", que se refería al grupo de personas y esclavos que moraban con el señor en su hogar.

Por eso en un sentido vulgar, aún se utiliza el vocablo familia para referirse a las personas que moran bajo un mismo techo, sometidas a la dirección y recursos del jefe de la casa<sup>122</sup>.

El **Código Civil** menciona a la familia en numerosas disposiciones, como por ejemplo los **artículos 42, 815, 988** etc.; sin embargo, no contiene una definición de ésta, de aplicación general y amplia.

La **doctrina nacional**, rescata del **artículo 815**, un concepto de familia, dado a propósito del derecho de uso y habitación, señalando que: "Una familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existan al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos".

De la lectura del artículo, podemos concluir que el concepto carece de generalidad, pues sólo es aplicable al derecho de uso y habitación, asemejándose al concepto vulgar derivado de la palabra "*famulia*".

El **artículo 42**, del mismo cuerpo legal, prescribe que en los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad; a falta de consanguíneos en suficiente número serán oídos los afines; sin embargo, dicha norma, no otorga un concepto satisfactorio.

Para otros autores nacionales, el **artículo 15 número 2** del **Código Civil**, sugiere un concepto de familia, al prescribir que no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, los chilenos permanecerán sujetos

a las leyes patrias que reglan sus obligaciones y derechos civiles, especialmente en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero “sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”, por lo que concluyen que la familia es *aquella derivada de los vínculos de matrimonio y parentesco*.

Siguiendo esta posición, **José Castán Tobeñas** nos ofrece la siguiente definición: “*Conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.*”<sup>123</sup>

**Manuel Somarriva**, en términos semejantes, define a la familia como “*el conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción.*”<sup>124</sup>

Podemos observar que las definiciones antes transcritas, comparten la omisión de las uniones de hecho, excluyendo un sector importante de las relaciones familiares actuales, apartándose de la visión moderna de la familia. A nuestro parecer, el profesor **Carlos López Díaz**, define a la familia considerando la concepción actual; como “*la unión socialmente aprobada por los vínculos de filiación, alianza y consanguinidad, de un hombre, una mujer y sus hijos.*”<sup>125</sup>

El **Informe de la Comisión Nacional de la Familia**, enfatiza en la dificultad para definir lo que es familia. Pues en toda época histórica, existe un modelo predominante, aceptado y promovido socialmente, pero que convive con otros modelos que también son reconocidos como familia, algunas veces en términos negativos o disfuncionales<sup>126</sup>. Considerando factores como el tipo de hogar y la composición de la familia en términos de relaciones de parentesco, la define como “*un grupo social unido entre sí,*

---

<sup>122</sup> **RAMOS PAZO René:** *Derecho de Familia, tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, p. 9.

<sup>123</sup> **RAMOS PAZOS René:** (n. 122), p.9.

<sup>124</sup> **RAMOS PAZOS René:** (n. 122), p.9.

<sup>125</sup> **LÓPEZ DÍAZ, Carlos:** *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2005, página 17.

<sup>126</sup> Citado en **MINISTERIO DE JUSTICIA:** (n.77), p 21.

*por vínculos de consanguinidad, filiación( biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hechos cuando son estables”.*

Buscando una definición en nuestro Derechos, se cita el **artículo 1 inciso segundo de la Carta Fundamental**, que prescribe: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, agregando en su **inciso quinto**: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta.”

Esta norma ha sido discutida en la doctrina nacional, sobre la interrogante del alcance de esta declaración, es decir ¿si comprende a la familia matrimonial o también a la familia no matrimonial?<sup>127</sup>

La posición que sostiene que dicha norma engloba a ambos tipos de familia, es sustentada por los profesores **Gonzalo Yañez, Jorge Ovalle y Carlos Peña**. Éste último, señala que el **inciso segundo del artículo 1** fue tomado de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948**, como así consta en la historia fidedigna (actas de la Comisión de Estudio), por lo cual dicha norma debe ser interpretada en armonía con los **artículos 2 y 7 de dicha Declaración** que proscriben toda forma de discriminación, incluida la que se efectúa en razón del nacimiento; además en el mismo sentido, el **Pacto de San José de Costa Rica**, establece la igualdad de todos los hijos y prevé la protección de la familia, por lo cual la familia comprende a ambos tipos: matrimoniales y no matrimoniales, pues no procede discriminar entre los hijos nacidos al interior o fuera del matrimonio.

La opinión contraria sostiene que el artículo en comento sólo recoge a la familia matrimonial. **Hernán Corral Tanciani** argumenta que la Constitución al no precisar que tipo de familia recogía, fue por considerarlo innecesario dada su obviedad, pues el constituyente se inspira en el modelo tradicional y clásico de familia, cual es, la familia matrimonial; además los textos internacionales no se refieren a la familia como una realidad abierta y

descriptiva, más bien coinciden con nuestra carta en el sentido que es una institución fundamental fundada en la naturaleza humana e íntimamente relacionada con el derecho a contraer matrimonio; y finalmente sería absurdo pensar que sea un deber del Estado “proteger” y “propender” al fortalecimiento de las uniones de hecho y las parejas homosexuales.

Esta discusión, a la luz de los cambios legislativos introducidos al **Código Civil** (por ejemplo la **Ley N° 19.585** y **Ley N° 19.947**), los compromisos adquiridos por nuestro país a través de los tratados internacionales, y la realidad de la estructura familiar actual, quedaría confinada a las aulas, favoreciendo la posición de que nuestra Carta Fundamental no distingue, comprendiendo ambos tipos de familia.

## 2.- El concepto de familia desde una óptica sicosocial:

**Nilda Susana Gorvein**, mediadora argentina, nos advierte sobre la compleja tarea de encontrar un concepto que aborde todos los elementos de la trama familiar. Se deberá recurrir a otras ciencias, pues el Derecho no siempre aportará un concepto suficiente<sup>128</sup>.

Dificulta esta labor, la coexistencia de diferentes tipos de familia (como veremos brevemente más adelante), y las múltiples transformaciones que han experimentado los grupos familiares en las últimas décadas.

Tradicionalmente se le ha definido por la **función social** que cumple, cuales son: la procreación, la crianza de los hijos, la educación y el sostén recíproco entre la pareja.

La autora antes citada, utiliza el concepto de **sistema** para definir a la familia. Un sistema es "*un conjunto de objetos así como de relaciones entre los objetos y entre sus atributos, en el que los objetos son los componentes*

---

<sup>127</sup> **RAMOS PAZOS René:** (n.122), pp. 11 y 12.

<sup>128</sup> **GORVEIN Nilda:** “*La Mediación Familiar Interdisciplinaria: Un contexto para el cambio*”. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>, p.2.

*o partes del sistema, los atributos son las propiedades de los objetos y las relaciones mantienen unido al sistema".*

Desde esta perspectiva, la familia es un sistema compuesto por personas: hombre, mujer, niños, adultos, que unidos por el propósito de procrear y cuidar de sus miembros, se dan ciertas reglas de funcionamiento y comparten un conjunto de creencias y actividades que les permiten desarrollar una vida emocional, física, intelectual, social y espiritual, de modo de mantener la energía y hacer que el sistema funcione<sup>129</sup>.

Como todo sistema, la familia está compuesta por varios subsistemas que coexisten en forma simultánea, constituidos por las distintas relaciones que se dan entre los miembros de la familia.

Encontramos el denominado **subsistema conyugal** que comprende la relación de un hombre y una mujer adultos, unidos por lazos afectivos, que deciden vivir juntos con la "intención expresa de constituir una familia".

Existe también el **subsistema parental**, que surge cuando nace el primer hijo. Los padres asumen las tareas de crianza y socialización de los hijos (alimentación, control, orientación, entre otras).

Finalmente encontramos el **subsistema fraterno**, aquel que se da en las relaciones entre hermanos. Se suele decir que es el primer escenario donde los niños comienzan a socializar con otros, en este caso con sus iguales.

Estos subsistemas, como partes de un mismo todo, interactúan en distintos niveles y en forma simultánea, a la vez que se es padre se es esposo; a la vez que se es hijo, se es hermano, con las particularidades de cada familia.

Por otra parte, la familia posee una estructura en movimiento, que se modifica y transforma en el tiempo, que requiere ir adaptándose y reestructurándose en forma permanente para poder seguir funcionando. En la medida que sus miembros crecen y se desarrollan, la familia va

---

<sup>129</sup> **VARGAS PAVEZ, Macarena:** "Los Niños en la Mediación Familiar", Revista de los Derechos del Niño, N°1, año 2002, p.140.

atravesando por distintas etapas que implican cambios y ajustes para todos sus integrantes, proceso no exento de dificultades y conflictos.

Dentro de las características que configuran a la familia como una realidad compleja, encontramos que cada grupo tiene sus propias normas y reglas internas, producto de las historias personales de sus miembros, de los mitos, secretos, valores, creencias religiosas, cultura, etnias, etc.

## B) Tipos de familias:

Basados en nuestra experiencia, todos tenemos una idea de quiénes integran una familia. Pero, no bastará nuestra propia concepción al momento de trabajar en un contexto colectivo, requiriéndose un consenso sobre este punto.

Así entre los autores se han esbozado las siguientes categorías de familias:

### 1.- De acuerdo al número de integrantes:

- a) **Familias Nucleares**, corresponde a aquellas integradas por los padres y un número menor de hijos, no mayor a tres. Es la idea mayoritaria que se comparte en nuestra sociedad occidental cristiana. Otros autores la llaman "**familia biológica**".
- b) **Familias Extendidas**, incorporan no sólo a la pareja y a sus hijos, sino también a parientes lejanos. Cada uno de los miembros de la pareja, incorpora a sus parientes de su familia de origen. Generalmente se asocia a las familias que abarcan tres generaciones: abuelos, padres e hijos.

c) **Familias expandidas:** **Marinés Suares**<sup>130</sup> se refiere a este grupo familiar, como aquel integrado por la pareja, en que uno o ambos han estado casados o unidos de hecho anteriormente, con hijos o no anteriores a la unión actual. Esta es una situación propia de esta era, en que las tasas de divorcio han aumentado notoriamente. Han recibido diferentes denominaciones: familias re-casadas, familia bi-nucleares. Así surgen los "astros" (abuelastros, padrastrs, hijastros, etc.) y los "ex" (exmarido, expareja, excuñado, etc.)

## 2.- En atención a si la pareja está casada o no:

- a) **Familias matrimoniales:** Son aquellas en que los padres están unidos por el matrimonio, y sus hijos han nacido antes o durante la duración de éste (hijos matrimoniales). Esta familia es la que protegía la legislación civil, pues su prototipo clásico era el que inspira los códigos decimonónicos.
- b) **Familias extramatrimoniales:** Son aquellas en que la pareja no tiene una unión matrimonial, conocido como concubinato, queridato o unión no matrimonial, al contrario de la familia matrimonial, este tipo de familia carecía de protección legal, pues el legislador no manifestaba preocupación por sus integrantes. En nuestro país, hasta **1.999** los hijos, frutos de estas uniones, tenían una situación desmejorada en comparación a los hijos matrimoniales (legítimos); con la dictación de la **Ley Nº 19.585** se establece la igualdad de los hijos y se deroga la distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales. Sin embargo aún subsiste el vacío legal respecto de la pareja de hecho.
- c) **Familias ensambladas:** Es la estructura familiar que tiene origen en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes provienen de un matrimonio o relación anterior. Son

---

<sup>130</sup> **SUARES Marinés:** (n.6), p. 184

conocidas también como familias reconstituidas, rearmadas, recompuestas u hogar biparental compuesto.

### 3.- En atención al número de padres que están al cuidado y/o viven con los hijos:

- a) **Familias monoparentales:** Son aquellas en que uno de los padres vive con sus hijos en un mismo hogar, por tener su cuidado. Estas familias han aumentado notoriamente en las últimas décadas, correspondiendo generalmente el cuidado a la madre, dada una separación y la despreocupación o ausencia del padre o la simple decisión de la mujer de formar este tipo de grupo familiar.
- b) **Familias biparentales:** Aquellas en que ambos padres, están a cargo del cuidado y crianza de los hijos.

### 4.- En atención a su dinámica:

La familia posee una estructura en movimiento, que se modifica y transforma en el tiempo, que requiere ir adaptándose y reestructurándose en forma permanente para poder seguir funcionando. En la medida que sus miembros crecen y se desarrollan, la familia va atravesando por distintas etapas que implican cambios y ajustes para todos sus integrantes, proceso no exento de dificultades y conflictos<sup>131</sup>.

De esta forma, la literatura especializada distingue:

- a) Parejas sin hijos;
- b) Familias con hijos en edad pre-escolar (0-5 años);
- c) Familias con hijos en edad escolar (6-12 años);
- d) Familias con hijos adolescentes (13 -18 años);

- e) Familias con hijos en proceso de emancipación;
- f) Familias con el nido vacío, en que todos los hijos se han ido y
- g) Parejas retiradas (marido y mujer mayor de 65 años).

## II.- EL CONFLICTO EN LA FAMILIA:

### ¿Por qué el conflicto familiar requiere un tratamiento especial?

No es extraño que al interior de la familia, se presenten conflictos, de carácter interpersonal, que suelen comprender largos períodos de tiempo.

Se refiere a todos aquellos conflictos que abarcan lo concerniente al acontecer de una familia. Son generalmente conflictos de intereses o relaciones, los primeros originados por desavenencias o incompatibilidades, y los segundos motivados por el modo de interacción de las partes ya sea en base a emociones fuertes, mala comunicación o conductas negativas repetidas.

Los conflictos familiares presentan ciertos **rasgos particulares**, que los diferencian de otros conflictos (especialmente de aquellas controversias que conocen nuestros tribunales ordinarios); y que por lo tanto, para su resolución es insuficiente la estructura establecida para el conocimiento de los conflictos civiles y comerciales<sup>132</sup>.

Una **primera diferencia**, es que la familia tiene una importancia mucho más determinante para sus miembros, que otra institución en que se produzca el conflicto, es decir los quiebres con nuestros familiares tendrán un mayor peso que aquellos que sostengamos con terceros, como por ejemplo conflictos vecinales, laborales. Los vínculos generados al interior de ésta, son probablemente los que gozan de mayor permanencia en la vida de una persona. Dicha importancia puede obstaculizar la búsqueda de acuerdos, pues sus integrantes defenderán tenazmente su concepción sobre la defensa y protección del grupo.

---

<sup>131</sup> VARGAS Macarena: (n.129) p. 141.

<sup>132</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, *Tribunales de familia*, La Gran Reforma de la Justicia, Ministerio de Justicia, Santiago 1997, pp. 15 y 16.

En **segundo lugar** el conflicto no implica un quiebre o rompimiento de la relación existente entre los involucrados, éstos deberán continuar relacionándose, pero requerirán indudablemente un nuevo marco de acción para el futuro, incluso conjunto en la adopción de decisiones, generalmente relativas a los hijos, por ejemplo: el colegio al cual asistirán, cuidado en una enfermedad, salidas, etc. A diferencia de otros conflictos, en que no necesariamente los actores seguirán relacionándose.

Una **tercera diferencia**, es que las partes involucradas sostendrán pretensiones no factibles de reconducirse en la fórmula adversarial, por la cual sólo una debiera tener la razón y la otra no, es decir una ganará y la otra perderá.

Bajo el modelo adversarial, inspirado en la concepción individualista, siempre existirá una víctima y un victimario, un inocente y un culpable. De esta manera, se privilegia el litigio, por sobre el acuerdo porque se trata, en último término de defender derechos individuales afectados, relegando en segundo plano el interés de la familia como unidad<sup>133</sup>.

La ley contempla sus resguardos para una familia rota, y no para una familia transformada, de manera de que sólo uno de los padres, podrá seguir funcionando como tal, mientras el otro quedará relegado a la pobre categoría de visitante.

Pareciera que al existir litigantes y culpables dentro de la familia, ella pierde parte de su respetabilidad, reduciendo las posibilidades de que tome sus propias decisiones, las cuales serán reemplazadas por la sentencia del juez.

Sin embargo en los conflictos familiares, puede acontecer que todas las partes sostengan pretensiones sustentables y legítimas; lo cual hace necesaria una intervención que considere todas las posiciones y genere resoluciones satisfactorias para todos.

---

<sup>133</sup> **TURNER SAELZER, Susana:** “*Los tribunales de familia*”, Revista Ius et Praxis, año 8, número 2, Universidad de Talca, año 2002, pp. 418-419.

Al considerar la familia como un todo, ninguna solución a un conflicto podría importar la defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo, el atentado a los intereses de todos. Abandonando el esquema de culpables y víctimas, y considerando la red de relaciones al interior de una familia, las conductas son meras respuestas a otras conductas y por lo tanto, las responsabilidades son necesariamente compartidas, se revaloriza el acuerdo, relegando a un plano secundario al litigio.

Este modelo de intervención, se rige por la colaboración en la búsqueda del acuerdo respectivo; lo cual, entre otros beneficios, facilita la continuación de las relaciones familiares y su proyección hacia el futuro bajo el nuevo esquema a trazar. La colaboración sería inusual desarrollarla en el modelo judicial inspirado en la interacción adversarial, que más bien, propicia los quiebres y acentúa las diferencias, impidiendo u obstaculizando la adopción de un acuerdo que dirima la controversia por los propios involucrados. Reemplazada la adversariedad por la colaboración, se posibilita que las partes transiten las vías de la aceptación del otro, de sus diferencias y recuperen la comunicación productiva<sup>134</sup>.

En **cuarto lugar**, los conflictos familiares se caracterizan por su integralidad, es decir, estos presentarán múltiples aristas, que ameritarán una solución. Por lo tanto, estos conflictos requieren un tratamiento interdisciplinario para optimizar una resolución, pues en ellos se combinan elementos emocionales, patrimoniales, derechos fundamentales, y sentimientos.

El origen de los conflictos al interior de una familia, generalmente es la separación de la pareja.

En el tránsito de la familia por distintas etapas y sus consecuentes cambios, puede suceder que la pareja que dio origen a la familia decida no continuar la relación, lo que implica una redefinición del escenario familiar,

en términos de modificar su organización y estructura. La separación de una pareja, cualquiera que sea su origen, el número de hijos o la data de la relación, constituye un hecho que marca a cada uno de sus miembros<sup>135</sup>.

La separación de una pareja afecta al subsistema conyugal. Son los adultos los que se separan, la ruptura se produce en la relación conyugal, pues han decidido no continuar su vida en común y poner término a la relación afectiva que dio origen a la familia. Por tanto esta ruptura, no tiene relación con el subsistema parental, el cual debiera mantenerse intacto, de modo de permitir la regularidad de las relaciones entre padres e hijos que ya no vivirán juntos. Sin embargo en la práctica los padres no logran distinguir estas distintas dimensiones y trasladan el conflicto conyugal al subsistema parental.

De esta forma, los autores distinguen dos formas de afrontar la separación. La primera se denomina **separación no destructiva**, en la cual los adultos pueden continuar ejerciendo en forma eficiente su rol de padres, pues comparten las tareas de educación y crianza, los hijos no se ven involucrados en sus disputas y tienen acceso a ambos. Los adultos alcanzan acuerdos económicos respecto a la mantención de los hijos como a la distribución de los bienes. Los padres están unidos en la función de proteger a los hijos frente a los cambios originados por la separación. La familia puede entonces continuar funcionando y reorganizarse. Los padres son capaces de asumir la separación como una etapa posible dentro del ciclo evolutivo familiar.

Una segunda forma se denomina **separación destructiva**, en la cual el conflicto de pareja se extiende inapropiadamente a los hijos. Los padres no son competentes en su rol de cuidadores de los hijos, los involucran en sus disputas, trasladándoles roles incorrectos, como por ejemplo responsabilizándolos del quiebre, constituyéndolos como objetos de

---

<sup>134</sup> **GARCIA CIMA DE ESTEVE, Elena**, *La mediación: una herramienta eficaz para la solución de los conflictos familiares*, Revista Iberoamericana de Arbitraje, Córdoba, 1999, página 3. En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-19.html>.

<sup>135</sup> **VARGAS Macarena**: (n. 129), p.141.

negociación, o utilizándolos como mensajeros o aliados. Así los padres, confunden sus relaciones conyugales con las relaciones parentales.

La separación de la pareja, puede haberse concretado materialmente, de modo que ya no vivan juntos; o no obstante estar separados o haber terminado su relación afectiva, cohabitan o comparten un mismo lugar físico.

Este quiebre, genera un contexto conformado por sentimientos de pérdidas, culpabilidad, frustración, fracaso, cambios en la cotidianidad y sensación de irrecuperabilidad del patrón de conducta anterior<sup>136</sup>. Dicha situación, requerirá una nueva pauta de organización interna, así la antigua relación deberá ser reemplazada por un nuevo vínculo; sin embargo, dadas las circunstancias antes descritas, estará caracterizado frecuentemente por el desacuerdo.

El desacuerdo dificultará indudablemente la elaboración de una nueva pauta, pudiendo afectar todos los ámbitos de la vida familiar, en especial las relaciones paterno filiales (con quien vive el hijo, dónde, régimen de visitas, etc.)

Ante la dificultad o imposibilidad de adoptar acuerdos, la pareja recurrirá a un tercero, en una primera instancia a parientes cercanos o amigos; y en un segundo paso, a terceros ajenos al grupo, como por ejemplo sacerdote, abogado, juez, etc.

Esta intervención puede aminorar el conflicto, pues aportan información sobre los procedimientos y derechos de cada parte, proposiciones imparciales que permitan a los involucrados aquilatar la situación desde una perspectiva mejorada; pero puede agravar la situación, si la intervención del tercero se presenta conformando una alianza con una de las partes, reprochando la conducta del otro o legitimando la posición de uno.

En este campo, la mediación se presenta como una alternativa viable, para la resolución de conflictos familiares. El mediador, tercero experto y

---

<sup>136</sup> **FUHRMANN Ingeburg, ARMENGOL Vilma:** “*El mediador: Experto en abrir caminos que conecta*”n, Centro de Estudio Sistémico, 1996. En <http://www.estudiosistemico.cl/mediador.pdf/>.

neutral, generará un espacio apto para la discusión de los puntos en conflicto, caracterizado por la confidencialidad, flexibilidad, protección, e intimidad necesaria, a fin de que las partes puedan redefinir sus relaciones y negociar por sí mismos, con respeto, equidad y buena fe.

Favorece a la mediación, su pertenencia a un sistema judicial, lo cual le otorga la seriedad, neutralidad, igualdad y fuerza que un mero diálogo informal o que otro tipo de acuerdo pudiera tener en nuestra cultura jurídica.

Así para **María de la Paz Donoso** y **Deborah Levit**, la mediación familiar será una instancia de contención y cierre, pues como toda etapa de duelo, implica un reconocimiento y redefinición de roles y funciones, que aseguren un comienzo en una nueva etapa de interacción entre los afectados<sup>137</sup>.

La mediación familiar, comprende un conjunto de realidades, entre las cuales es importante considerar la **perspectiva de género** (sin relacionarla con el feminismo).

**María de la Paz Donoso** y **Deborah Levit** señalan que la mediación se diferencia, según sea solicitada por una mujer o un hombre, por ejemplo, si la separación que origina los conflictos objeto de la mediación, ha sido una decisión del hombre; el proceso, por lo general, en su inicio, comprenderá la aceptación de este hecho, y su continuación buscará la adopción de acuerdos que regulen las relaciones en el futuro. Sin embargo, si la separación ha sido una decisión de la mujer, solicitando ésta la mediación, el hombre toma una actitud reacia a la aceptación de este hecho, lo cual dificulta el proceso, que pese a su desarrollo, permanecerá la idea de reconciliación o superación de la crisis, transformando el proceso en lento, rígido y complejo. Esta última situación, corresponde a los casos difíciles o resistentes. Estas observaciones, surgen de la práctica de las autoras, lo cual no obsta a situaciones excepcionales, que escapen a la regla.

---

<sup>137</sup> **DONOSO María de la Paz, LEVIT Deborah:** “*La mediación familiar, dentro del anteproyecto de ley que crea los tribunales de familia*, Centro de Estudios y Acción Familiar, Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez, Santiago, 2004. En: <http://www.cejamericas.org/>.

Sugieren como una precaución importante en la mediación familiar, la consideración del aspecto emocional de los hombres (dificultad para expresar sus sentimientos), además del elemento cultural propio de nuestro país, como por ejemplo el machismo.

No sólo la pareja será afectada por la separación, sino también producirá efectos colaterales en los hijos. **Paulo Waimberg** y **Juan Martín Palacios**, han distinguido las **reacciones de los niños frente a la separación de los padres**, en atención a las edades de éstos <sup>138</sup>:

En los niños en edad pre-escolar, éstos reaccionarán con la pérdida de conductas adaptativas aprendidas, por ejemplo el control de esfínteres, hábitos alimenticios, etc.

Los niños en edad escolar manifestarán miedos y un gran sentimiento de tristeza e inseguridad. Los preadolescentes reaccionarán con una fuerte irritabilidad y disconformidad.

Por lo tanto la edad será un factor a considerar para anticipar las reacciones que expresarán los niños, así como adoptar las medidas necesarias para canalizarlas positivamente. También deberá considerarse el sexo, número de hermanos, relación familiar, edad de los padres, etc. sumado a la relación que mantengan los padres con éstos después de la separación o quiebre.

Siguiendo la relación entre los niños y la separación, **Paulo Waimberg** y **Juan Martín Palacios**, mediadores paraguayos, distinguen **cuatro categorías de conflictos derivados de la separación y divorcio, y que afectan a los niños involucrados** <sup>139</sup>:

- ❖ **Conflictos Estructurales:** Se refieren a aquellas disputas relativas a la custodia, cuidado personal, régimen de visitas, domicilio conyugal y las pensiones alimenticias respectivas.

---

<sup>138</sup> **WAIMBERG Paulo, PALACIOS Juan Martín:** “*Mediación Familiar – Emociones en juego*”. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos>, p.6.

<sup>139</sup> **WAIMBERG Paulo, PALACIOS Juan Martín:** (n. 138), p.6.

Surgen posteriores a la ruptura, pues dicho suceso implicará una nueva pauta estructural de la familia así como una nueva interrelación entre los integrantes de la familia.

- ❖ **Conflicto de lealtades:** Los hijos pueden sentirse presionados para adoptar una posición favorable a uno de los padres en detrimento del otro. Esto puede manifestarse en el rechazo del niño a continuar una relación con el otro padre (generalmente con el que no convive).
- ❖ **Conflictos por ausencia:** Producto de la separación, uno de los padres se ha ausentado en forma prolongada de la relación con sus hijos. Una vez transcurrido un período de tiempo considerable (años), este padre ausente puede solicitar judicialmente el reinicio de la relación, pero en dicha oportunidad es probable que los hijos hayan buscado una figura sustitutiva (abuelos, padrinos, tíos, etc.) o simplemente negarse a conocerlo. Se sumará al conflicto, la desconfianza del padre con el cual convivan los hijos ante repentina presencia.
- ❖ **Conflictos de invalidación:** Serán aquellos casos en que uno de los padres acuse al otro, de maltratos, abusos o inhabilidad para cuidar o mantener una relación con los hijos.

### III.- SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR:

#### A) Concepto de mediación familiar:

Existen diversos conceptos de mediación familiar, dependiendo de los modelos de trabajo elegidos, los ordenamientos jurídicos nacionales, los resultados que se buscan, etc.

La mediadora argentina, **Nilda Susana Gorvein** define la mediación familiar como "*el conjunto de estrategias llevadas a cabo por profesionales capacitados en la materia, llamados mediadores familiares, que pueden conducir a la pareja o a la familia, hacia una solución pacífica de los conflictos que la afectan, tomando como punto de partida la devolución de la autodeterminación a las partes involucradas, a fin de que tomen sus propias decisiones respecto del conflicto que las trae a la consulta*".<sup>140</sup>

De esta definición, la autora desprende los **finés u objetivos** de la Mediación Familiar.

En primer lugar, favorece la definición de roles sociales, el reconocimiento y revalorización de las partes en conflicto. Además es una vía idónea para "transformar" los conflictos, no restringiendo su ámbito de aplicación a su resolución, sino también a su prevención, devolviendo la autonomía sobre la toma de decisiones a las partes, es decir "**Mediación Transformativa**".

La mediación propicia una visión positiva del conflicto, al plantearlo como un elemento integrante de las relaciones humanas y como plataforma

---

<sup>140</sup> **GORVEIN Nilda:** (n. 128), p.5.

apta para el cambio, para configurar una nueva identidad de la familia, la "Mediación para el Cambio".

Partir de la premisa que el conflicto, es parte integrante de las relaciones, contribuirá en la adopción de una nueva óptica para participar en la mediación, desmitificando su acento negativo, y centrándose en la oportunidad para redescubrirse, desarrollar la tolerancia, la comunicación y la reciprocidad (cualidades necesarias durante toda la vida de una persona).

Este cambio de perspectiva del conflicto, exigirá una actividad reflexiva, que puede realizarse dentro de una mediación familiar, esto es la "Mediación Reflexiva".

El autor español J. **Escrivá**, señala que la mediación familiar es "*una estrategia de intervención que tienen como fin conseguir una salida pacífica a los conflictos generados en la convivencia familiar, en que 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*"<sup>141</sup>.

Este método alternativo de resolución de conflicto, es una plataforma susceptible de abordar las características especiales de la familia, un campo especialísimo,

Generalmente, las familias que se someten a mediación se encuentran en una etapa inestable e incierta, provocada por un cambio gravitante en el esquema de relaciones entre sus miembros; así dicho lapso, hace vulnerable e influenciabile a sus miembros.

Conforme a lo expresado anteriormente, el mediador, tercero neutral e imparcial, sólo facilitará la expresión autónoma de los participantes, habilitará las vías necesarias para lograr acuerdos satisfactorios y autocompositivos.

---

<sup>141</sup> Citado en **FUNDACIÓN CHILE UNIDO**: "Para entender la Mediación Familiar", Corriente de Opinión, N° 84, junio 2003, p.3. En <http://www-chileunido.cl>.

## B) EL MEDIADOR FAMILIAR:

Podemos definir al mediador como: *“El tercero neutral, entrenado especialmente para conducir el procedimiento de mediación, y asegurar que exista un intercambio de información entre las partes, a fin de poder llegar a soluciones satisfactorias y aceptables para ellas”*.

El mediador, en materias de familia, es un tercero neutral que actúa como facilitador, regido por los principios que inspiran a la mediación: imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, voluntariedad, protagonismo, etc. Este tercero, será el catalizador desencadenante del cambio de visión y consecuencias del conflicto y su tratamiento compartido por los miembros de la familia, con un fin común.

En nuestro país, no existe la carrera de mediador, sino que diferentes profesionales son capacitados en esta área. Sin embargo, una parte de la doctrina, postula la creación de la carrera de mediador, ya que en la actualidad, la mediación, es ejercida por abogados, psicólogos o asistentes sociales que han complementado su formación, a través de post títulos o diplomados; lo cual influye en su desempeño, pues no se abstraerán de su profesión originaria.

La amplia gama de conflictos que pueden presentarse en una familia, demanda el concurso de una mirada más extensa, sustentada por el aporte de diferentes ciencias.

El desafío que plantea la mediación familiar es otorgar, en la medida de lo posible, una solución integral al conflicto, problemática compuesta por elementos patrimoniales, emocionales, y psicológicos, un lenguaje y necesidades propias, con posibilidad de presentar conductas agresivas, con

repercusión en cada uno de los miembros del núcleo (retroalimentación) y por lo tanto, con compromiso del interés de cada uno de ellos.

La mediación familiar, es un área de convergencia de diferentes ciencias y técnicas; dada su interdisciplinariedad. **Nilda Gorvein**, señala que la interdisciplina es parte del cambio e implica producir una elaboración conceptual unificada donde las diferentes ciencias intervinientes, se vean recíprocamente enriquecidas y eventualmente logren fundirse en la producción de un nuevo enfoque conceptualizador. La interdisciplina potencia la seguridad del mediador, forja una red de sostén para las partes y el equipo respectivo<sup>142</sup>.

Siguiendo la idea anterior, para **Leonor Alliende**, un mediador debiera manejar la visión antropológica que le permita comprender al hombre y sus relaciones, su quehacer, sus opciones y las diversas formas de abordar los conflictos; el proceso de mediación, sus principios, etapas, roles, técnicas, formación de equipos, autocuidado, conocimientos básicos de violencia intrafamiliar, etc. Además el mediador, deberá conocer temas específicos de la realidad familiar, como relaciones de poder, jerarquías, tipos de familia, teorías del conflicto, temas de género y etnias, ciclos de violencia, etc.; junto a los temas relacionados con la implementación y validez legal de los acuerdos<sup>143</sup>.

El rol del mediador familiar se puede sintetizar los roles del mediador en dos objetivos:

- ❖ Informar a las partes en la reunión inicial de las características de la mediación y sus reglas, y
- ❖ trabajar con éstas en el conflicto que les afecta en pro de llegar a una solución creada por ellas mismas.

En dicha labor deberá dirigir las sesiones, estimular la comunicación, ayudar a identificar y analizar las causas del conflicto, colaborar en la

---

<sup>142</sup> **GORVEIN Nilda:** (n. 122), p.8.

precisión de los intereses de cada uno de los involucrados y dirigir la búsqueda y definición preliminar de las posibles alternativas de solución.

Para una posición, el mediador sólo deberá conducir la negociación y dejar el contenido al arbitrio de las partes, pues en materia de familias, existen puntos en que las personas más aptas para llegar a acuerdo serán los propios involucrados, sólo necesitan un procedimiento que les facilite la resolución del problema.

Para una segunda postura, la mayoritaria, el mediador no sólo deberá conducir el proceso sino también trabajar con las partes en la solución de fondo, sin que esto obste a su imparcialidad y neutralidad. Será función del mediador llegar a un equilibrio que permita la negociación, y la redefinición del problema que facilite la solución.

A fin de cumplir esta labor, el mediador deberá presentar ciertas aptitudes que conformen su **perfil**, como por ejemplo mostrarse confiable, ser perceptivo y buen oyente, contar con la capacitación específica y el entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de la problemática familiar, hábil para la comunicación, flexible, neutral, imparcial, sigiloso respecto a la confidencialidad del proceso, ser creativo, paciente y conciliador.

También deberá respetar, comprender y valorar las diferentes posiciones de las partes para la reestructuración de la vida familiar, detectar puntos incipientes de acuerdos, fomentarlos a fin de que se transformen en propuestas sustentables para la adopción de un acuerdo, mantener su atención en la búsqueda del acuerdo, y no en factores interrelacionales que obstruyan la negociación, limitar la discusión a los puntos predeterminados para la sesión respectiva, aplacando los espirales de violencia que puedan florecer, traducir y transmitir información, en caso

---

<sup>143</sup> **ALLENDE Leonor:** "*Mediación Familiar, un desafío posible*", Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, año 3 número 6, Santiago, septiembre 2004, pp. 93-99.

que las partes no se escuchen o no se entiendan, diferenciar entre deseos y necesidades, ser agente de realidad, es decir ayudar a las partes a representarse los posibles acuerdos en la cotidianidad de sus vidas, y colaborar en la redacción de los acuerdos a fin de facilitar su comprensión y cumplimiento.

Cada mediador representa un conjunto de valores, una historia personal, con un nivel de educación y socioeconómico determinado, con habilidades propias, expectativas sobre su rol; que exigirán un ejercicio de análisis a sí mismos, a fin de identificar sus habilidades, cualidades y potencialidades junto con sus prejuicios, defectos y limitaciones, que influyan en su desempeño en el proceso de mediación.

Estas habilidades deberán ser conocidas e instruidas, pues sus recursos se encuentran en su propia persona, en un aspecto teórico complementada con una práctica dirigida y gradual, la cual se realizará en comediación, conocido como pasantía.

### C) Etapas del proceso de mediación familiar<sup>144</sup>:

El informalismo que inspira la mediación, determina que sólo se tengan en cuenta algunos principios generales de organización y administración, sin que ninguno de ellos signifique un procedimiento determinado. El proceso de mediación, variara según el modelo elegido, el campo de aplicación, el contexto en que se desarrolla y la profesión de origen del mediador.

Considerando lo anterior, **Marinés Suares**, distingue las siguientes etapas, a modo de proporcionar una estructura general del proceso de mediación. Su descripción breve, permite la ilustración de esta figura que se desarrollará a propósito de la nueva Judicatura de Familia.

## 1.- Premediación:

Con esta etapa se inicia el proceso. Corresponde a la solicitud por una de las partes al mediador, a fin de concertar una entrevista, con miras a la realización de este proceso, señalando las características de la mediación y los datos personales de las partes.

A partir de esta comunicación se fijará la primera reunión, que tendrá tres objetivos:

- a) *Informar sobre el proceso de mediación*, especialmente considerando la minoritaria experiencia que existe en el país sobre este punto, señalando las principales características del proceso, como por ejemplo sus principios (confidencialidad, voluntarismo, neutralidad, etc.), el rol de los sujetos participantes: mediador, partes, asesores, duración aproximada de los encuentros, costos y honorarios.
- b) *Invitar al otro participante*, si no estuviera presente en la primera entrevista, a tomar parte del proceso de mediación. Esto es fundamental, pues si la otra parte no accede, no existirá mediación.
- c) *Señalar el contenido del problema*, en lo que se refiere a la descripción del conflicto, para determinar si es o no mediable y los sujetos afectados que deberán invitarse a participar.

## 2.- Mediación propiamente tal.

Esta es una etapa esencial del proceso, subdividiéndose a su vez en tres fases:

- a) **Inicio**: Comprende en primer lugar el período previo al encuentro respectivo, que tiene como lugar físico la *sala de espera* del centro de mediación o la oficina del mediador en su caso. En este lapso, el

---

<sup>144</sup>En esta parte seguiremos a **SUARES Marinés**: (n.7), p. 220 y siguientes.

mediador puede observar la interacción que se presenta entre las partes, ya sea en las conversaciones que mantienen, en la postura asumida respecto del otro, por ejemplo si están sentados juntos, mirándose o no, etc. Para la autora lo aconsejable es ir a buscar a los participantes a la sala de espera a fin de observar dichas circunstancias.

En segundo lugar, se desarrolla *el encuentro en la sala de mediación*, adaptada para dicho fin. Después de esto, viene la *presentación*, primero del o los mediadores, y luego de las partes.

En cuarto lugar, el mediador o comediador realiza el *discurso de apertura*, que comprende una descripción de las características principales de la mediación y la forma que ésta adoptará, por ejemplo los principios que caracterizan a la mediación, el rol de cada participante (mediador, parte, abogado), duración y forma de los encuentros, honorarios, las dos reglas fundamentales de la mediación cuales son hablar uno a la vez y la improcedencia de agresiones verbales y / o físicas, el objetivo del proceso, cual es la búsqueda de una solución al conflicto en forma pacífica y satisfactoria para todas las partes de modo consensuado.

Para la autora, es necesario en quinto lugar, firmar el *convenio de confidencialidad*. Acorde al principio de voluntariedad, se deberá cuidar la completa y correcta comprensión del convenio. Este texto breve podrá contener los siguientes puntos:

- ❖ El compromiso de mantener en reserva o secreto todo lo que se hable en la mediación.
- ❖ La confidencialidad de lo señalado por una parte al o los mediadores en las reuniones individuales, respecto del otro.
- ❖ Las excepciones que pudiera tener la confidencialidad, por ejemplo el abuso de menores o hechos constitutivos de un delito.
- ❖ Otras menciones particulares, como por ejemplo la aceptación a ser grabadas las entrevistas, si la mediación se da en un contexto de "pasantías", etc.

Algunos autores postulan la inutilidad de dicho compromiso, pues es una circunstancia cotidiana que las partes comentaran lo sucedido en el proceso, ya sea con familiares, amigos o sus abogados que no estuvieren presentes. Sin embargo, para **Marinés Suares** es un importante resguardo para los mediadores.

Una vez agotados estos trámites formales, comienza la mediación propiamente tal, realizando *la exploración del problema y su redefinición*, ya sea en reuniones privadas o conjuntas, dependiendo del modelo a utilizar.

Las **reuniones privadas o individuales**, son aquellas realizadas con una sola de las partes en conflicto, sea que asista con o sin su abogado. Éstas favorecen la generación de la confianza y previenen la "colonización de las narrativas"(solamente se exprese un actor del conflicto). Pero, pueden provocar ansiedad en la parte que no asiste a éstas, la extensión de la duración de la mediación pues las actuaciones deberán repetirse con la otra parte, y el mediador no puede apreciar la interacción que existiría entre las partes. Esta última circunstancia se agrava en las mediaciones familiares, en que las relaciones entre las partes son primordiales. Para **Marinés Suares**, la práctica de reuniones privadas es aconsejable en el área familiar, pues es propio mantener ciertos secretos al interior del grupo, los cuales pueden ser exteriorizados en las reuniones individuales, teniendo especial precaución con la confidencialidad.

La **reunión conjunta** es aquella que se realizan con todas las partes del conflicto, sea que asistan o no con sus abogados. Tiene como ventajas la observación de la interacción que se presenta entre las partes, las diferentes retroacciones, y el ahorro del tiempo de duración. Pero puede presentar como desventajas la "colonización de la narración".

Se debe tener presente que la percepción de los hechos que configuran el conflicto es distinta en cada parte, por lo mismo no han resuelto el problema, así sus descripciones deberán ser comprendidas y

luego replanteadas (*desestabilización del problema*), a fin de generar una *redefinición del o los problemas* que motivan la mediación.

La *exploración de los objetivos o posibles soluciones* y la *petición de contribuciones* se refieren a la pregunta que el mediador hace a las partes sobre ¿qué harán o dejarán de hacer para disminuir el problema?.

La *síntesis* será el resumen hecho por el mediador de lo narrado hasta ese momento, teniendo como fuente la información dada por las partes sobre el o los problemas, los objetivos y las contribuciones, a fin de corroborar la información y brindar una nueva perspectiva de la situación.

La *construcción de la agenda* se refiere al ordenamiento de los temas a tratar producto de los múltiples problemas que conforman el conflicto, en un proceso de mediación.

- b) **Opciones:** Una vez producida la redefinición del problema, procede la búsqueda de opciones de solución a éste, apreciándolas en base a criterios a fin de identificar sus cualidades, elaborando finalmente la propuesta con posibilidad de mejorarla.

Será una tarea del mediador, ayudar a encontrar criterios bajo los cuales comparar las opciones, ya sea en una primera reflexión o a través de una mininegociación. Otra labor importante del mediador es la búsqueda de la "**mejor alternativa al acuerdo negociado**" (MAAN), es decir qué es lo que hará cada parte en el supuesto que no se llegue a acuerdo en la mediación. Haignes ha incorporado el concepto de la "**peor alternativa al acuerdo negociado**" (PAAN), cuya comparación con el primero, resulta sumamente útil.

Si alguna de las opciones dadas previamente o modificadas a partir de la reflexión del MAAN, y aprobando el examen de los criterios fijados, se transformará en una propuesta, que es un principio de acuerdo.

Si las partes no pueden aportar estas opciones, se trasladará la labor al mediador de promover en ellas la habilidad de proponerlas. Una

herramienta idónea es la **tormenta o torbellino de ideas**, llamada por la autora “chaparrón de ideas”; que diferenciara básicamente dos momentos, en primer lugar la generación de ideas sin posibilidad de crítica y en segundo lugar la crítica y selección de ideas más valiosas.

- c) **Acuerdo:** Presentada una propuesta, el mediador ayudara a las partes a mejorarla, considerando los intereses establecidos en la primera etapa. Si tenemos una mediación multiproblemática, es probable que primero surjan acuerdos parciales temporales que preparen el acuerdo definitivo. También, atendida la dinámica del conflicto, los acuerdos pueden ser provisorios, sujetos a modificación a lo largo del tiempo, dependiendo del desarrollo de las relaciones de los involucrados. Los acuerdos provisorios pueden ser ventajosos para que los participantes los pongan en práctica, a fin de celebrar posteriormente el acuerdo definitivo con las modificaciones que estimen necesarias.

A medida que las partes van mejorando la propuesta, se procede a *la elaboración del acuerdo*.

Puede acontecer que el acuerdo a adoptarse afecte a otras personas distintas a la partes, como por ejemplo en el caso de la mediación familiar; lo cual debe tenerse presente en la meditación del acuerdo y si éstos deben realizar alguna actividad, deberá consultárseles e incluso firmar el acuerdo.

La *redacción del acuerdo* puede realizarse de diferentes formas. Una fórmula, es que el mediador vaya redactando el esbozo a medida que los participantes exponen sus ideas, utilizando sus mismas palabras, al final de las intervenciones se les lee este borrador con el fin de realizar las modificaciones necesarias; se le da forma de contrato y nuevamente se lee a fin de realizar las correcciones que estimaren pertinentes las partes.

Otros mediadores prefieren redactar el acuerdo después del encuentro y para su firma citan a las partes a una próxima reunión. Se

les entrega un borrador, a fin de que lo estudien con sus asesores y propongan las modificaciones respectivas al mediador para que sean consideradas. Esta operación se repetirá las veces que sea necesario, a fin de concretar la firma del acuerdo definitivo.

Algunos mediadores prefieren entregar esta labor a los abogados de las partes, especialmente si este debe homologarse ante tribunales. La desventaja de esta modalidad, es que el lenguaje técnico utilizado en el acuerdo será ajeno a las partes, lo que podría influir en su reconocimiento, como una creación de éstas.

La *firma del acuerdo* finaliza la mediación. Por ser el producto formal que concluye el proceso, se deberá tomar la precaución que todas las partes intervinientes estén presentes, entregarles una copia del acuerdo a cada una para que puedan leerlo conjuntamente con el mediador quien lo hará a viva voz, y firmen un instrumento con el cual estén conformes y contestes.

**Folberg y Taylor**, agregan una etapa, que la denomina *revisión y proceso legal*. Esta se presentará en los casos en que el conflicto tenga una repercusión social, como por ejemplo en las áreas de educación, laboral y familiar, los participantes ignoren o conozcan someramente las leyes aplicables, la ley lo prescriba y si las partes desean darle mayor eficacia jurídica al acuerdo obtenido<sup>145</sup>.

La revisión consiste en someter el acuerdo ante un consejero legal, como etapa previa a su aprobación por los tribunales. Para los autores el proceso legal, es la presentación para su aprobación ante el tribunal respectivo (homologación).

### 3.-Posmediación.

Comprende el seguimiento todos los casos que se hayan sometido a mediación, se haya o no obtenido el acuerdo definitivo. La información

necesaria podrá provenir de una o ambas partes. Puede realizarse en diferentes períodos de tiempo.

Para algunos autores es una fase importante del proceso, especialmente si consideramos su reciente incorporación en la mayoría de los países latinoamericanos, a fin de verificar su operatividad.

El seguimiento tendrá por objetivo verificar si ha existido cumplimiento total o parcial del acuerdo, en caso de incumplimiento indagar sus causas, si se han presentado modificaciones y cómo fueron éstas logradas, si ha fracasado el acuerdo y sus razones a juicio de las partes.

#### D) Campo de aplicación de la mediación familiar:

La mediación familiar, puede recaer, por regla general, en todo conflicto que se presente al interior de una familia.

En la práctica, el principal conflicto que se presenta en las mediaciones, es la separación de la pareja, la cual puede desembocar en un divorcio, una separación judicial, pensión de alimentos, cuidado personal, relación directa y regular del padre que no tuviere el cuidado de sus hijos, etc.

El divorcio, será uno de los conflictos más frecuentes que se sujeten a mediación, incluso los autores no hablaban de mediación familiar sino de mediación en divorcio, dado la frecuencia de estos casos.

Así, la mediación familiar puede aplicarse en **materia de alimentos**, a fin de determinar los aportes de cada parte, atendidas sus capacidades económicas y las necesidades del menor.

También puede recaer en el **derecho de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular**, a fin que el niño crezca con la presencia de ambos padres y el mayor número de familiares posible.

---

<sup>145</sup> FOLBERG y TAYLOR: (n.9), p. 76-77

Con respecto al **derecho de cuidado y crianza**, la mediación familiar puede estar destinada a determinar quién ejercerá este derecho, considerando el interés superior del niño.

Los tres ejemplos citados anteriormente, son los más frecuentes motivos para lo cual se requiere la intervención de un tercero.

A la **mediación familiar**, también pueden sujetarse los **conflictos sucesorios**, con el objetivo de precaver quiebres en la estructura familiar producto de la herencia, sino propender a un refortalecimiento de este núcleo.

El **cuidado de un miembro de la familia**, en concordancia con el deber de protección que se debe a ciertos integrantes, puede ser objeto de una mediación.

Otra materia que se sujeta a mediación es la **violencia intrafamiliar**, sin embargo la procedencia de la mediación en este tipo de conflicto, es un punto discutido en la doctrina especializada, como analizaremos brevemente en el acápite correspondiente.

## E) Sobre la violencia intrafamiliar y la mediación familiar.

### 1.- La violencia intrafamiliar y sus contenidos:

Frecuentemente los mediadores se encontraran con hechos de violencia, en la mediación familiar. De hecho, las estadísticas señalan que en el 70% de las separaciones de las parejas, existen o han existido episodios de violencia, tasa que podría reducir o potenciar el campo de aplicación de la mediación familiar.

**Marinés Suares**, define violencia doméstica como "*aquellas acciones u omisiones que se desarrollan entre integrantes de la familia, en las que uno de ellos, utilizando la posición jerárquica y/o poder, otorgada por la cultura,*

*el género, y/o la propia familia, impone sobre otro de los integrantes su voluntad para que este último realice actos que de otra forma no serían llevados a cabo, y que le causan a éste un serio daño físico y/o psíquico*<sup>146</sup>

La autora citando a **Reynaldo Perrone**, distingue la **agresividad** de la **violencia**, relacionando la primera con la definición de territorio que cada individuo realiza a fin de hacer valer sus derechos, y la segunda como el traspaso de los límites establecidos del propio territorio, invadiendo el espacio del otro. Concluye definiendo al acto violento, como "*todo atentado a la integridad física y síquica del individuo, acompañado por un sentimiento de coerción y peligro*".

Uno de los principales problemas de la violencia, es su **invisibilización** o **naturalización** en el contexto social. Frecuentemente se confina en el mundo privado del hogar, reforzado por el esquema patriarcal y la intimidad que se concede a las disputas familiares (puertas adentro).

En una primera época, se sostenía que si se presentaba era una característica individual, fuera considerada como una patología o algo inherente a la personalidad, por lo tanto prácticamente inmodificable.

Para otros autores, naturalmente no se es violento, sino que las conductas agresivas son el resultado de factores externos al individuo. Otra posición, sostiene que el ser violento dependerá de la cultura, sustentada por cuestiones de poder y género, e incluso legitimada por la experiencia personal.

Desde un punto de vista antropológico, al interior de la familia, la violencia como modo de resolución de conflictos, como modo de vida y como patrón de acción, es una conducta aprendida.

La concepción adoptada, influirá en la persona del mediador, en la oportunidad de conducir procesos de mediación con hechos de violencia, sea al considerar que puede modificarse, que no es susceptible de mediación, si existe la igualdad de condiciones necesaria entre los participantes, si frustra o no la mediación, etc.

---

<sup>146</sup> **SUARES Marines:**(n.7), pp.373-387.

Podemos distinguir en un episodio de violencia, tres agentes o actores:

- ❖ El **victimario o persona abusadora**, quien es el que ejerce violencia. En el caso de una familia, mayoritariamente corresponderá a los padres o maridos, u otro hombre adulto. Esporádicamente será la mujer, sea la madre, esposa u otra; y en un número menor el hijo o hija.
- ❖ La **víctima o persona abusada**, sobre quien se ejerce la violencia. Generalmente serán las mujeres del núcleo familiar, la madre o esposa, o los niños, hijos e hijas. Otra hipótesis son los adultos mayores.
- ❖ **Terceros testigos**, que son aquellos que conocen los hechos violentos, por estar en contacto con la familia afectada, y que se encuentran en una posición favorable para informar o denunciar los hechos. Por ejemplo: profesores, médicos, vecinos, etc.

A su vez, podemos distinguir **tres tipos de violencia**:

- ❖ **Violencia conyugal**: entre miembros de la pareja, generalmente la víctima será la mujer.
- ❖ **Violencia contra niños**: Aquella que un adulto ejerce sobre un menor.
- ❖ **Violencia contra adultos mayores**: Perpetrada por adultos o menores sobre los miembros mayores de la familia.

## 2. – De la violencia como materia mediable:

Uno de los tópicos más discutidos dentro de esta materia, es la procedencia de la mediación en los conflictos sobre violencia intrafamiliar, existiendo debate entre los profesionales, desde quienes excluyen la mediación de los conflictos en que existe o ha existido violencia intrafamiliar, hasta quienes consideran mediables estos casos bajo ciertas circunstancias.

Independiente de la postura que se adopte respecto a la procedencia de la mediación familiar en estos conflictos, es indiscutible que la **violencia no es mediable**, es decir, no se puede mediar sobre su existencia, duración, frecuencia, etc.

Por lo que de aceptarse la mediación esta se dirigirá a obtener su término, o bien regular los efectos de ésta (por ejemplo que el agresor se sujete a un tratamiento psicológico, abandone el hogar, se solicite el divorcio o separación, etc.)

La **postura que, excluye a la violencia intrafamiliar de la mediación**<sup>147</sup>, señala los siguientes fundamentos:

1. La existencia de violencia intrafamiliar atenta contra los principios de igualdad y protagonismo de las partes. Existe una abierta asimetría de poderes entre el agresor y la víctima, pues la persona afectada por maltratos físicos o síquicos no tiene la misma capacidad para negociar que la que tienen el victimario.
2. La mediación podría incrementar los riesgos de las víctimas, además ésta podría sentirse amenazada al enfrentarse a la otra parte (victimario) en las reuniones conjuntas del proceso.
3. Uno de los efectos de la violencia sobre la víctima es el estrés postraumático similar al experimentado por las víctimas de guerra, torturas o desastres naturales, lo cual denota su gravedad y permanencia. El mediador peruano **Iván Ormechea**, advierte sobre la curiosidad de la distinta protección dada a las víctimas de torturas, siendo impensable la promoción de una audiencia conciliatoria entre el torturador y torturado, lo cual se verifica en la violencia intrafamiliar entre el agresor y la víctima, bajo la premisa de “la conservación de la familia y el matrimonio como célula básica de la sociedad.”<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> **SALAZAR Deyanira, CID Alejandra:** “Una aproximación al tema de la mediación familiar y la violencia intrafamiliar”r. En: <http://www.crea.uct.cl/>.

<sup>148</sup> **ORMACHEA Iván:** “Violencia Intrafamiliar y conciliación” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 52, 1.998. En <http://www.cejamerica.org/marc/documentos/>.

4. La víctima de violencia intrafamiliar experimenta un proceso adictivo de dependencia respecto del agresor, aislamiento social (se aleja de su familia, vecinos y amigos), la reducción de su autoestima, miedo sobre las consecuencias que puede traer consigo el discrepar con el victimario y un alto nivel de depresión, introversión y dificultad para expresarse, circunstancias que indudablemente impiden un proceso de mediación.
5. La inadecuada capacitación de los conciliadores sobre los aspectos de la violencia intrafamiliar y sus efectos.
6. La existencia de principios o mitos en las sociedades que dificulten o impidan un tratamiento efectivo de la violencia intrafamiliar, como por ejemplo que el ideal de familia es que todos sus integrantes vivan juntos no obstante existir episodios de violencia, que el niño debe vivir con ambos padres, que con el uso de la terapia psicológica cesará la violencia, que basta con la solicitud de perdón y arrepentimiento, etc.
7. Argumento ideológico o principista, postula que el distraer de la judicatura penal la violencia intrafamiliar, puede llevar a la conclusión de que los actos de violencia al interior de la familia no constituyen delito, por lo cual no merecen una sanción punitiva.

La **posición favorable hacia la inclusión de la violencia intrafamiliar como materia mediable**, se asienta en los siguientes fundamentos:

1. El Estado, considera que su inserción mejora el acceso de las víctimas a la justicia.
2. La voluntad del legislador de descongestionar los tribunales competentes, con la creación de estas vías más rápidas y alternativas.
3. Producto de lo anterior, la disminución de la carga de trabajo de los jueces, permitirán aumentar su eficiencia en las causas que requieran necesariamente su pronunciamiento.
4. Para algunos autores, estas causas son menores (causas chatarras), susceptibles de solucionarse por otras vías, pues no requerirían un pronunciamiento jurisdiccional.

5. La mayoría de los conflictos familiares son susceptibles de solucionarse por la vía de la conciliación o la mediación, regla general a la cual no escaparía la violencia intrafamiliar.
6. La mayoría de los casos que presentan violencia intrafamiliar corresponden a episodios únicos, que no implican la pauta regular de relación de los integrantes de un grupo familiar.

En un Análisis al Derecho Comparado Latinoamericano<sup>149</sup>, la conciliación y la mediación son instituciones recogidas en las legislaciones sobre violencia intrafamiliar, por ejemplo en **Argentina** existe una audiencia de mediación obligatoria; en **Bolivia, Colombia y Ecuador** se prescribe el llamado a conciliación obligatorio; en **El Salvador** se establece la conciliación voluntaria; en **México** la violencia intrafamiliar es materia de conciliación, amigable composición y arbitraje, en **Perú** recae en el Ministerio Público la labor de procurar la conciliación de las parejas y demás familiares. A diferencia de otros países, que no consagran los métodos alternativos para la resolución de estos conflictos, por ejemplo en **Brasil, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela**.

Dado lo anterior no existe una tendencia determinante a nivel legislativo en los países latinoamericanos, que nos permita visualizar una posición mayoritaria de una u otra postura (a favor o en contra de los métodos alternativos en materia de violencia intrafamiliar).

La situación de nuestro país será analizada a propósito de la **Ley N° 19.968**, sobre Tribunales de Familia.

---

<sup>149</sup> **UNIFEM**: “*Leyes de Violencia Doméstica y sexual en América Latina y el Caribe Español*”. En <http://www.isis.cl/temas/vi/catalog/present.htm/>.

### 3.- Las características de la mediación familiar en la violencia intrafamiliar:

Los autores que consideran a la violencia, como una materia mediable, postulan una serie de indicaciones para llevar a efecto la mediación familiar.

En primer lugar hacen una distinción, basándose en las pautas determinadas de interacción que se presentan en las relaciones familiares violentas. Así combinando el objetivo de la violencia y el tipo de relaciones existente entre las partes, distinguen:

i) **Pauta simétrica:** Aquella en que la violencia es mutua, cruzada y tiene por objetivo la agresión; por lo que ambos actores han establecido una relación de igualdad y de competencia, donde la violencia es recíproca, bidireccional y con posibilidades de hacerse pública, pues no existe una voluntad de silenciamiento. Estos casos, se caracterizan por la violencia como un intercambio de golpes y la escalada desemboca en una agresión mutua.

ii) **Pauta complementaria:** Es aquella en que uno de los actores ejerce violencia con el objetivo de castigar, mientras el otro la acepta, es decir es una relación en que ambos actores han acordado una diferencia entre ellos (no tienen un mismo status en la relación) y una relación de mutua adaptación. La violencia es unidireccional y se vive en el ámbito privado.

Desde esta distinción, en el contexto interaccional, podemos encontrar casos de violencia o casos con violencia.

Los **casos de violencia** se caracterizan por el desequilibrio de poderes, pues una de las partes busca imponerse por la fuerza, mientras la otra asume una actitud pasiva y sumisa permanente, manifestándose en forma de golpes, humillaciones o privaciones. Este es un escenario complejo, pues la víctima no estará consciente de la violencia ejercida sobre

ella y sus consecuencias, ni el agresor reconocerá su responsabilidad, pues se considera superior a la víctima, con el derecho de inferir sufrimiento, que bajo su óptica, el otro merece y recibe sin rebelarse; por lo cual no existirá el equilibrio, la confianza y respeto necesarios, y la relación se basará en la dinámica dominio - sumisión, pues la víctima actuará por temor a la reacción del otro.

La autoestima e identidad están trastocadas, pues quien recibe la violencia, se define por la visión del otro, generando un sentimiento de deuda para quien lo castiga, por lo cual no sólo acepta y recibe los golpes sino también los justifica. El agresor, generalmente tiene un carácter rígido, sin empatía e impermeable al otro y a su diferencia, éste desea "modelar al otro", por lo cual cada acto que sea contrario a esta pauta impuesta es codificado como una frustración intolerable que amerita corrección. En el agresor no existirá culpabilidad ni conciencia de la violencia.

La violencia permanece en la intimidad del hogar, por lo cual el acceso del tercero se dificulta.

Los **casos con violencia** los agentes son capaces de reconocer su responsabilidad en los hechos, pues tienen cierta concientización del daño producido. La identidad y autoestima están preservadas, pues el otro es reconocido como un par.

Estos casos se caracterizan por las "pausas complementarias", que corresponden a la detención de las escaladas, en que el que cometió la agresión pide perdón, pasa a la posición baja y puede encargarse de curar al que sufrió la violencia<sup>150</sup>. Esta tregua comprende dos momentos: la aparición del sentimiento de culpabilidad (movimiento de reparación) y un segundo momento de comportamientos reparatorios que generan olvido, minimización, desculpabilización y desresponsabilización del hecho de violencia, que mantienen un mito de armonía y solidaridad al interior de la familia.

---

<sup>150</sup> **GIANELLA Carolina, CURI Sandra:** *"Mediación y violencia Intrafamiliar en el contexto judicial"*, Revista La Ley Gran Cuyo, año 7, N° 3, Mendoza, año 2002. En <http://www.cejamericas.org/>.

Esta pausa complementaria es propicia para la intervención de un tercero, pues la pareja buscará ayuda.

Así **Carolina Gianella** y **Sandra Curi** distinguen **la violencia episódica**, es decir aquel episodio esporádico que se presenta en la interrelación de los integrantes de la familia, sin que configure el patrón normal de conducta. Es frecuente que la pareja después de su separación presente conductas agresivas, o existan conflictos entre padres e hijos adolescentes; todos los cuales corresponden a casos con violencia. Según su experiencia, la mediación ha servido como un espacio de contención y cierre de la conducta violenta.

En los **casos con violencia**, existe un reconocimiento por los involucrados de los hechos, y una disposición a incorporarlos dentro de la agenda de temas en la mediación. La herramienta conceptual de la pausa complementaria resulta útil, al ubicar a las partes en la oportunidad de reparación, por lo que es una oportunidad idónea para la mediación.

Para las autoras citadas, en estos casos la mediación ofrece la posibilidad de dialogar y replantear las relaciones, considerando la perspectiva del otro. Ésta tendrá por finalidad, regular los efectos de la separación de la pareja, como por ejemplo alimentos, cuidado personal, bienes comunes, etc. o bien, la modificación en la pauta interaccional<sup>151</sup>.

Los **casos de violencia** o **violencia complementaria** son lo más frecuentes, generalmente corresponde al hombre el rol de agresor.

Son las mujeres quienes en la mayoría de los casos plantean dichos acontecimientos durante la mediación, sea como un relato inicial o en el transcurso de las entrevistas implícitamente al referirse al patrón de conductas al interior del núcleo familiar.

---

<sup>151</sup> **SALAZAR Deyanira, CID ALEJANDRA:** (n. 147), p.4.

La dinámica a seguir, será la minimización o desconocimiento por parte del victimario de los hechos de violencia, así como la confusión y desorientación de la víctima, bajo el binomio acusación y defensa.

Las mediadoras señalan la dificultad para trasladar el dialogo hacia el reconocimiento del otro como persona y sus intereses.

Para las autoras citadas, el contexto judicial, abordará de mejor forma la solicitud implícita de protección de la víctima (pues puede no estar conciente de los hechos) y de la resolución de los conflictos "por otro" (pues en la mediación el tercero no decide). La posibilidad de negociación no existe o es mínima, siendo la decisión judicial un pronunciamiento en mejor posición, pues tienen mayor jerarquía y con la autoridad suficiente para solucionar el conflicto<sup>152</sup>.

**Iván Ormachea**, siguiendo los estudios realizados por las organizaciones especializadas en **Canadá** y **Estados Unidos** sobre el tema, describe **pautas para la mediación en situaciones de violencia contra la Mujer**, que configuran un tratamiento especial apartándose de las reglas generales de la mediación<sup>153</sup>:

❖ La **entrevista inicial**, deberá realizarse con la víctima por separado a fin de conocer la gravedad del caso y los efectos en ésta y en los demás miembros de la familia; informarle sobre sus derechos y otras alternativas de protección, conocer los objetivos de la víctima al someterse a mediación; determinar si la mediación es la vía adecuada para ayudar a la víctima.

Si decidiera continuar con el proceso de mediación, deberá velar por la existencia de las condiciones esenciales, que deberán verificarse antes durante y después de la mediación. Éstas son:

❖ **Seguridad:** Es decir minimizar los riesgos y proteger a la víctima. por ejemplo citara antes al agresor a las reuniones, permitirá que la víctima

---

<sup>152</sup> **GIANELLA Carolina, CURI Sandra:** (n.150), p.4.

<sup>153</sup> **ORMACHEA Iván:** (n. 148), p 12.

se retire antes que él una vez finalizado el encuentro respectivo, trabajar en reuniones separadas, etc.

- ❖ **Capacidad para tomar decisiones:** El mediador deberá preocuparse que las partes, al momento de adoptar acuerdos se encuentren con pleno conocimiento de sus derechos y con la capacidad suficiente para comprenderlos.
- ❖ **Equidad:** El mediador deberá velar por la adopción de acuerdos justos y equitativos, que no perpetúen relaciones violentas o lesivas para los involucrados.

Siguiendo a Iván Ormachea, éste también sugiere la redefinición de los principios de la mediación en los asuntos relativos a violencia intrafamiliar, pues en dicho contexto sufren un cambio para adecuarse a la realidad del conflicto a tratar.

Así sugiere, con respecto a:

- ❖ **Voluntariedad:** La decisión de someterse a mediación debe consultarse primordialmente a la víctima, aunque el mediador mantiene su derecho a veto de no continuar con la mediación si a su criterio no existen las condiciones necesarias.
- ❖ **Confidencialidad:** Este principio se vería atenuado, pues en opinión del autor la reserva tendrá como límite no amparar situaciones pasadas, presentes o futuras de violencia contra la víctima u otros integrantes de la familia, especialmente si los actos de violencia constituyen delitos.
- ❖ **Imparcialidad y neutralidad:** El mediador no podrá extender estos principios a los hechos de violencia, pues no se puede ser imparcial o neutral con éstos. Deberá informar a las partes que el objetivo de la mediación es lograr el cese definitivo de la agresión, y si esto no fuere posible deberá finalizar la mediación.
- ❖ **Empoderamiento:** Se dirigirá básicamente hacia la víctima, a fin de que ésta cuente con la capacidad idónea para negociar. Así estimulará sus intervenciones, contará con asesores, se le informará sobre sus

derechos y se tomarán las medidas de seguridad necesarias a la situación.

- ❖ **Equidad:** Los acuerdos deberán considerar la situación de la víctima y otros afectados, así como garantizar su seguridad después de adoptado éste.

#### 4.-El mediador en la violencia intrafamiliar:

El mediador deberá contar con la instrucción necesaria para distinguir las pautas relacionales estables al interior de una familia que presente hechos de violencia; pues como ya hemos señalado dicha situación es frecuente. Esto involucra la identificación y distinción de los asuntos mediables y no mediables.

La violencia genera un campo de acción, al cual no es ajeno el mediador. Este temor puede presentarse simultáneamente en dos planos: el propio mediador sentirse amenazado por un posible y futuro hecho violento que afecte su persona, y temor por la(s) víctima(s), que sea agredida producto de la solicitud o participación en la mediación (generalmente la mujer).

Si el mediador sintiera temor por sí mismo, deberá adoptar medidas para continuar (si así lo estimare) el proceso de mediación, ya sea derivando el caso o bien apoyándose en otro profesional con conocimientos específicos en el tema.

Con respecto a la víctima, el impulso natural será visualizar la futura conducta del agresor (castigo o censura), por lo que deberán adoptarse las medidas necesarias para prevenir un nuevo episodio violento. En **Estados Unidos**, en algunos casos se trabaja con un agente de seguridad que acompañan a las personas después de los respectivos encuentros, hasta un lugar seguro. Otra posibilidad, son las reuniones privadas, a fin de evitar la continuación o repetición de conductas agresivas.

Concluimos, que el escenario en que podrá presentarse la mediación, será en los **casos con violencia o violencia episódica**.

Además **Marinés Suares**, sugiere la intervención de equipos multidisciplinarios, que permitan un trabajo integral y la proposición de pautas apropiadas al conflicto. Otro elemento importante, es la comunicación con las instituciones públicas o privadas, que trabajen en el tema de la violencia doméstica, familiar o intrafamiliar, a fin de realizar las derivaciones respectivas; especialmente considerando la confidencialidad que rige el proceso, la cual exigirá que sea el mediador personalmente quien realice el contacto y acuerde la continuación <sup>154</sup>.

También se deberá recurrir al entorno familiar y social (no comprometido con la acción violenta) de la víctima, a fin de invitarlos a actuar y conformar la red de protección necesaria para el término de los episodios de violencia.

#### **F) La participación de los niños, niñas o adolescentes en la mediación familiar:**

La intervención de niños en la mediación familiar es un punto discutido por los autores, existiendo una posición favorable a su participación, otra que excluye la participación de éstos en forma absoluta y una tercera que admite su participación pero cumpliendo ciertos requisitos.

En primer lugar señalaremos quienes son considerados niños. La **Convención de los Derechos del Niño**, señala que se entiende por “niños, a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (**artículo 1**).

A diferencia de la violencia intrafamiliar y sus fundamentos de procedencia e improcedencia; no existe en la literatura consultada un

---

<sup>154</sup> **SUARES Marinés:** (n.6), p.380.

tratamiento sistemático sobre las posiciones a favor o en contra de la participación de los niños, niñas o adolescentes en la mediación familiar.

**Nilda Susana Gorvein**, cita las siguientes excusas para omitir su presencia: "No ocasionarles más daño", por su "mejor interés", "porque no están capacitados para entender lo que se les explique", porque es cosa "de adultos", etc<sup>155</sup>.

La **Declaración de Santiago de Chile 2004**, proveniente de organizaciones que reúnen a padres separados, contiene como propuesta en el área judicial: solicitar a los Estados, que **prohíban la comparecencia de los niños** ante los tribunales de Familia, sea ante un juez o un funcionario judicial, a fin de aminorar el conflicto de lealtades; si fuere estrictamente necesaria su intervención en un juicio, ésta debiera realizarse en una dependencia distinta a las del tribunal, y ante un profesional experto<sup>156</sup>.

**Marinés Suares** es partidaria de la participación de los niños, niñas y adolescentes, ya que considera su intervención beneficiosa para la familia y el resultado de la mediación.

Señala que uno de los principales conflictos que motiva una mediación familiar es el **divorcio o la separación de la pareja**. Este hecho produce efectos gravitantes en los hijos. Agrava esta situación, la propia crisis por la cual deben transitar los padres, que puede dificultarles o impedirles la comunicación y comprensión con los niños. Se suma la culpabilidad o responsabilidad que sienten los niños por la separación de los adultos.

Por esta descripción, generar un espacio adecuado y adaptado para ellos, favorece el tránsito del grupo en la búsqueda de una solución idónea; y los padres podrán explicar la situación disipando dudas, aclarar confusiones, atenuar el temor y la angustia y adoptar las decisiones convenientes (por ejemplo en materia de visitas o cuidado personal).

---

<sup>155</sup> **GORVEÍN Nilda:** (n. 128), p. 10.

<sup>156</sup> **CORPORACIÓN DE PADRES POR LA IGUALDAD PARENTAL.** Esta declaración corresponde al Primer Encuentro Iberoamericano, organizado por la **Corporación de Padres por la Igualdad Parental de Chile (PIP)**, al cual asistieron representantes de **Argentina, Costa Rica, México** y nuestro país "*Declaración de Santiago de Chile 2004*". En <http://members.tripod.cl/orientacionfamiliar/Declaracionsantiago2004.htm>.

Sin embargo la participación de los niños no debe ser utilizada en un rol acusador, decisorio o ser considerados como testigos de las acusaciones que se formulen los padres.

Otro argumento que favorece la intervención de los niños(as), adolescentes, se encuentra en la **Convención de los Derechos del Niño**, en su **artículo 12** que prescribe: "1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de edad y madurez del niño. 2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Para las mediadoras argentinas **Sara Curi** y **Carolina Gianella**, señalan que de esta norma **surgen tres derechos para los niños: el de formarse un propio juicio, el de expresar su opinión y el de ser escuchados**. El primer derecho, no tiene limitación en cuanto a su contenido, comprendiendo la total posición del niño frente al mundo<sup>157</sup>. El derecho a expresar su opinión, sólo se refiere a las situaciones que les afecten. Y el derecho a ser escuchado, se limita a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional (no todas las que puedan tomar por él los adultos), es decir los procedimientos judiciales o administrativos.

Se crítica el artículo, por las autoras antes citadas, pues no se introdujeron las obligaciones correlativas de los Estados.

---

<sup>157</sup> **GIANELLA Carolina, CURI Sara:** "Mediación en Divorcio y el derecho de los chicos a ser escuchados", Causa Justa, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, año 2, N° 2, Marzo 2003, Mendoza. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

Así el derecho de formarse un juicio propio, implica el deber del Estado – no expresado explícitamente – de otorgar las herramientas necesarias para que el niño se forme su propio juicio, dependiendo además de los recursos con que cuente el Estado respectivo.

El derecho a que se considere la opinión del niño, no señala quienes son los obligados a escuchar dicha opinión, si los funcionarios públicos o los responsables del niño. Y el derecho a ser escuchado, implica un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que se establezcan vínculos para esta.

Desde este último derecho, surge la obligación –a lo menos implícita– para los magistrados y funcionarios intervinientes en un procedimiento judicial o administrativo, de escuchar al niño, niña o adolescente. Así los jueces o funcionarios públicos, encargados de la toma de decisiones en los procesos judiciales o administrativos que se susciten por conflictos que afecten a los niños, son quienes, previo a la resolución respectiva, deberán escuchar la opinión de éstos, en las condiciones previstas por la Convención y lo que se prescriba en la legislación nacional pertinente. La opinión mayoritaria señala que los juicios o incidentes por cuidado personal, tenencia o custodia, será el procedimiento por regla para escuchar a los menores involucrados.

Por lo anteriormente expuesto, la intervención de los niños en un proceso de mediación, reporta las siguientes ventajas:

- ❖ Permite cumplir con lo prescrito en la Convención de los Derechos del Niño.
- ❖ Genera un espacio de confianza a fin de que los niños puedan exponer sus temores, confusiones, angustias, deseos, etc., permitiendo que los padres tengan en cuenta esta información en el momento de decidir.
- ❖ Facilita que los adolescentes manifiesten sus preferencias y razones de éstas en lo que respecta a su futuro (cuidado personal, relación directa y regular).
- ❖ Permite que todos los puntos de vista sean expuestos.

**Nilda Susana Gorveín**, coincide en la procedencia de la participación de los niños, basada en su experiencia como mediadora <sup>158</sup>. Destaca que en ellos se pueden encontrar mensajes valiosos, plantear nuevos elementos propicios para la búsqueda del acuerdo, aclarar situaciones, permite desarticular alianzas disfuncionales, reforzando la confianza en los niños, desculpabilizándolos, etc.

La autora señala tres elementos para considerar la participación de los niños: Madurez, autonomía y edad.

Indudablemente los adolescentes estarán en una mejor posición que los niños, para participar, dada su capacidad cognoscitiva que les permitirá manejar conceptos abstractos, proyectarse hacia el futuro, aceptar los puntos de vista de los otros, expresar sus deseos y necesidades, etc.

Las mediadoras nacionales, **María de la Paz Donoso** y **Deborah Levit**, señalan que procede la participación de los niños en la mediación familiar, si así lo solicitan los padres o lo sugiere el equipo multidisciplinario encargado de la mediación o asesor del mediador. La finalidad de su inclusión es ayudarlos a comprender la situación que afecta a su entorno familiar<sup>159</sup>.

Si bien considerando la posición mayoritaria de los autores sobre la participación de los niños en el proceso de mediación; la decisión final sobre su intervención corresponderá a los padres o adultos responsables del niño, niña o adolescente; por el voluntarismo que identifica a la mediación, no se puede obligar a los padres a oír a sus hijos durante el transcurso de ésta.

Se agrega a lo anterior, en una interpretación armónica de la **Convención**, que el Estado, bajo el pretexto del derecho del niño a ser escuchado, no puede realizar injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada del niño y de su familia. Además existe la obligación del Estado, contemplada en la citada **Convención**, de garantizar la salud física y mental de los niños, por lo que el ejercicio del derecho a ser escuchado deberá

---

<sup>158</sup> **GORVEÍN Nilda:** (n.128), p.12.

<sup>159</sup> **DONOSO María de la Paz, LEVIT Deborah:** (n.137), p.13.

considerar el contexto relacional de la familia y la personalidad del menor, a fin de determinar previamente que su participación no implicará consecuencias negativas en su familia y persona.

También cabe tener presente la estrecha vinculación entre el interés familiar y el del niño, pues el niño necesita y quiere a su familia, y la familia necesita y quiere al niño; así la protección de los derechos del niño, deberá considerar la relación dialéctica constante que existe entre adentro y afuera de la familia, entre el mundo público y privado<sup>160</sup>.

El interés superior del niño, como un principio transversal a todo el sistema jurídico, se configurara como limite último para adoptar una decisión en cualquier asunto en que este involucrado un menor.

## G) Experiencias comparadas en materia de mediación familiar<sup>161</sup>:

Hemos elegido los siguientes países, atendido su mayor desarrollo y tradición en la mediación familiar; a fin de establecer un horizonte diverso desde un punto de vista territorial y cultural; en lo que respecta a nuestro principal objeto de análisis, la **mediación familiar**.

### 1.- Estados Unidos:

Este país se destaca por el notable crecimiento de la mediación familiar a partir de la década de los sesenta. Pueden señalarse como causa de este movimiento, el aumento de los divorcios y la percepción de la separación conyugal, no sólo como un acontecimiento jurídico sino también personal y social. También los autores indican como un factor determinante,

---

<sup>160</sup> GARCIA CIMA DE ESTEVE, Elena: (n. 134) p. 3.

<sup>161</sup> En este punto, seguiremos la publicación del **DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES**: (n.32).

el deseo de los norteamericanos de no ventilar sus problemas personales derivados de una ruptura en los tribunales.

El primer estado en que el índice de divorcio superó el 50% de los matrimonios, fue *California*. Aquí se implementó la mediación como un proceso prejudicial a los juicios de separación o divorcio, cuyo objetivo es resolver los puntos en conflicto relativos a la custodia y régimen de visita de los hijos, entregándose el conocimiento de los temas económicos al arbitraje. Esta forma es conocida como la mediación parcial, para diferenciarla de la mediación global que recoge todos los temas relacionados con el divorcio.

En caso de disolución del vínculo matrimonial, el **Código de Familia** diseñó un sistema de aplicación general denominado "case management" o "gestión de los casos", cuyo fin es facilitar el proceso de divorcio o separación legal de los esposos, reducir sus costos y reducir el lapso del procedimiento mediante el acuerdo de los interesados. Dicha fórmula debe ser solicitada por los cónyuges ante el Tribunal respectivo.

Este mecanismo comprende:

1. La evaluación imparcial del conflicto,
2. La resolución de éste vía alternativa a un juicio,
3. La suspensión del proceso judicial mientras se busca un acuerdo amistoso,
4. Uso de conferencias telefónicas u otros medios extrajudiciales a fin de propender a la colaboración entre las partes en pro de un acuerdo,
5. La modificación de los trámites judiciales de común acuerdo,
6. El nombramiento de expertos, que serán citados para declarar si así procediere,
7. El tratamiento judicial aparte de las cuestiones relevantes.

En algunos condados existe el **Tribunal de Conciliación Familiar**, presidido por un juez supervisor, y compuesto por otros profesionales con conocimientos en mediación, como por ejemplo psicólogos, trabajadores sociales, etc.

El juez supervisor, no participa en la negociación, sino que la dirige, firmando todos los trámites judiciales y prestando su homologación al acuerdo que resuelva el conflicto, si hubiere.

Dicho Tribunal de Conciliación, puede nombrar un consejero supervisor de la mediación. Dentro de sus facultades se encuentran la de dirigir y presidir las audiencias de la mediación, la de supervisar a los consejeros del tribunal, etc.

Este consejero supervisor, debe reunir ciertos requisitos: poseer un título de posgrado (Masters) en psicología, trabajo social, consejería matrimonial, familiar o infantil, o en una disciplina similar; tener dos años de experiencia en consejería o psicoterapia, preferentemente en un contexto relacionado con los asuntos que trata el Tribunal de Conciliación Familiar y a las características de la población mayoritaria étnica del sector donde ejerce su competencia; conocer el sistema judicial del estado de California y los procedimientos ante los Tribunales de Familia; conocer los servicios y recursos comunitarios que están a disposición de sus posibles clientes; conocer la psicopatología adulta y la psicología de la familia; y tener conocimiento del desarrollo infantil, el abuso de menores y otros asuntos clínicos relacionados con los niños, los efectos del divorcio y de la violencia doméstica en los niños y otras materias que permitan al consejero evaluar las necesidades sociológicas de los menores involucrados. También se exige capacitación permanente a estos consejeros en violencia doméstica, relativa a sus efectos en los niños, la dinámica de ésta, técnicas para identificarla y tratarla, derechos y protecciones establecidas en la ley para las víctimas y los recursos disponibles en la comuna para asistencia de los afectados.

Todas las conferencias que se realicen durante la mediación son confidenciales, quedando a arbitrio del juez o consejero recibir a las partes en reuniones individuales o conjuntas, con o sin asistencia de sus abogados. Las actas que se levanten durante el proceso serán destruidas, transcurridos dos años después de finalizado éste.

También se establece una mediación prejudicial. Con anterioridad al inicio de un proceso que verse sobre custodia o visita, la disolución del matrimonio, su nulidad o la separación legal de los cónyuges; cualquiera de los cónyuges, podrá comparecer ante el Tribunal de Conciliación Familiar, a fin de preservar el matrimonio e instar por la reconciliación o un acuerdo que dirima la controversia. Ante dicha petición, el Tribunal asesorará gratuitamente al interesado en la preparación de su solicitud, haciendo presente a éste que en caso de violencia doméstica, la jurisdicción se extenderá a las cuestiones civiles o penales que generase (competencia coextensiva).

Presentada dicha solicitud, el Tribunal practicará la notificación respectiva, y convocará a las partes a una audiencia, con carácter de conferencia informal (una o más), con el fin de motivar la reconciliación entre las partes o la adopción de acuerdos que solucionen el conflicto que les afecta. Para facilitar este proceso, el juez, con el consentimiento de las partes, puede aconsejar la intervención de especialistas, cuyos honorarios serán costeados por las partes o si el caso lo requiriese con fondos públicos.

Si se lograre la reconciliación, el juez deberá ratificarlo como una orden judicial. También puede adoptar las medidas pertinentes para que el comportamiento de las partes, sea el adecuado al proceso, por un lapso no superior a treinta días.

Durante la fase de los treinta días posteriores a la presentación de la solicitud, las partes quedan inhibidas de presentar demandas por divorcio o separación legal. Después de este lapso, pueden iniciar el procedimiento, sin que la gestión anterior impida invocar nuevamente la mediación.

En caso de juicios por disolución de matrimonio o separación legal, el juez podrá derivar los antecedentes al Tribunal de Conciliación Familiar, a fin de que se lleve a cabo el proceso de mediación, si existiere un niño menor de edad, sea hijo común o sólo de uno de los cónyuges que podría verse perjudicado por la disolución o separación, o existiere disputa sobre

la tutela del niño, y si el juez estima que existe una posible reconciliación entre los cónyuges.

En los condados donde no existiere un Tribunal de Conciliación Familiar, los Tribunales Superiores podrán designar un mediador familiar que tendrá por tarea reducir las controversias que puedan existir entre las partes, generar acuerdos sobre la tutela y régimen de visita del niño, que aseguren un contacto permanente y cercano con ambos padres atendida su situación particular y su bienestar.

En los procesos de mediación se da prioridad a los derechos del niño y a la futura transformación de la familia, así como el equilibrio de poder entre las partes, para obtener los acuerdos respectivos. Por esta razón, el mediador puede entrevistarse con el niño si lo considera procedente. En caso que detecte episodios de violencia doméstica, podrá entrevistarse con las partes por separado, con o sin sus abogados.

En los casos en que el juez determine que existe controversia sobre la tutela o régimen de visita de un menor, deberá remitir el proceso a la mediación. El padre o madre que no es parte en el proceso, no está obligado a participar en la negociación, pero en caso de no hacerlo caduca su derecho a reclamar el acuerdo que se hubiere obtenido entre el resto de las partes involucradas, así como iniciar otro proceso sobre el mismo conflicto; se excusa la parte que tuviere dudas acerca de su paternidad respecto del niño en cuestión. Durante estos procesos, podrán adoptarse todas las órdenes judiciales procedentes respecto de la tutela y / o régimen de visita.

Las reuniones efectuadas durante la mediación son privadas, debiendo remitirse a los asuntos definidos para el encuentro.

Si no se lograre un acuerdo, el mediador deberá recomendar los servicios de consejería alternativos, a fin de evitar un litigio, así como recomendar las medidas judiciales idóneas para proteger el interés del niño.

El mediador informará por escrito, los asuntos tratados durante el proceso y sobre los cuales no se logró acuerdo, para su posterior resolución judicial.

Asimismo, informara los acuerdos logrados a los abogados de las partes, previa comunicación al juez. Además, todo acuerdo para su inclusión en una orden judicial, deberá ser ratificada ante el juez o mediante declaración formal escrita. La ausencia de una de las partes en la audiencia destinada a la ratificación, no impide que el juez lo confirme judicialmente.

## 2.- Canadá.

La mediación familiar se recoge en la **Ley federal de Divorcio**. Si en el proceso a que dé lugar la separación, el juez estimare que es posible obtener la reconciliación de los cónyuges, deberá suspender el proceso, y con el consentimiento de las partes o en base a su propio criterio, nombrará a una persona con experiencia en orientación o consejería familiar, que ayudará a las partes a lograr dicho objetivo. La suspensión no puede extenderse más allá de 14 días, en caso de que alguno de los cónyuges solicitare la continuación de éste. Además se establece la confidencialidad de las actuaciones realizadas en esta etapa.

Paralelo a la facultad del juez, se establece la obligación para los abogados que presten servicios a las partes durante el proceso de divorcio, de informarles sobre esta posibilidad de reconciliación, así como la existencia de servicios de orientación o consejería familiar que podrán facilitarla, salvo que en la especie aparezca inadecuada. También se establece el deber del abogado de consultar con su representado sobre las posibles instancias de mediación que conozca, si se trata de asuntos con efectos patrimoniales en el orden de la disolución del vínculo o la tutela de los hijos. Debe quedar constancia por escrito del cumplimiento de estos deberes, al momento de presentar documentos en el proceso de divorcio.

En *Ontario*, a fin de implementar esta ley federal, se elaboró un plan gubernamental, con el objetivo de uniformar los programas de capacitación de mediadores, promover la voluntariedad de la mediación y aplicación a todas las cuestiones pertinentes a la disolución del matrimonio.

La mediación comienza con un examen, a fin de determinar la existencia de violencia física o mental de la esposa, que haga procedente el caso para la negociación.

Los gastos originados, por el proceso son costeados por las partes en atención a sus ingresos, siendo indudablemente menores que los que ocasiona un litigio judicial.

La mediación comienza con una clase de orientación dada por un abogado, que informa a las partes lo prescrito en la ley y el proceso judicial, los deberes y derechos de los interesados con respecto a las relaciones de familia. Un mediador informa sobre los efectos que produce la separación en los niños y los cónyuges, los servicios disponibles para ayudarles en esa etapa de transición, y las características del proceso de mediación.

Luego, prosigue una entrevista con el Agente Social del Centro de Mediación, en la cual se establecerá si los interesados optan por la mediación o acuden a otro medio para resolver su conflicto. Si así fuere, se realiza un proceso de selección para determinar sus necesidades, y se hace referencia a los servicios auxiliares disponibles. Los interesados asistirán a una clase de orientación y el mediador prepara un calendario de reuniones considerando los puntos a tratar.

El proceso de mediación puede ser abierto o cerrado, debiendo optar los participantes por escrito por alguna de estas modalidades. El mediador deberá consignar los acuerdos alcanzados más la información que estime pertinente. Queda prohibido al mediador incluir recomendaciones, opiniones o evaluaciones del proceso. En caso que se hubiere optado por un proceso cerrado, el mediador deberá informar al tribunal respectivo, los acuerdos alcanzados y los puntos sobre los cuales no se llegó a una solución.

En la mediación podrán ser escuchados los menores involucrados.

En *Quebec*, el Tribunal deberá requerir la participación de las partes en una clase de información sobre la mediación, en todos los casos en que se dispute la tutela de un niño, derechos de alimentos o los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio. Dicha clase puede ser realizada con la sola asistencia de las partes o bien en grupos. Está a cargo de uno o más mediadores (si fuere en grupo), y tendrá por objetivo explicar la naturaleza y fines de la mediación, posible desarrollo del proceso y los roles del mediador. Al final de ésta, los asistentes deciden si optaran por la mediación y con qué mediador lo harán. En el supuesto positivo, el mediador deberá redactar un informe sobre esta decisión y presentarlo al Servicio de la Mediación Familiar del Tribunal Superior, con copia a las partes.

Las reuniones de la mediación podrán realizarse con la asistencia de las dos partes, de uno o más mediadores a elección de los participantes, y de los demás terceros que las partes y el mediador estimen adecuados, siempre que no sean expertos o consejeros.

Cualquiera de las partes podrá finalizar la mediación, en cualquier momento, sin necesidad de justificar su decisión. También lo podrá hacer el mediador, si estimare inapropiado el proceso, para esto deberá dejar constancia del hecho en su informe al Tribunal Superior, con copia a las partes.

En caso de inasistencia de cualquiera de las partes a los encuentros sin justificación, podrán ser obligadas a pagar todos los gastos derivados del proceso judicial.

El informe del mediador tendrá validez sólo cuando el juicio sobre divorcio tenga sentencia firme y ejecutoria; susceptible de ser revisado.

### 3.- Unión Europea.

La **Recomendación Nº R (98) 1 del Comité de Ministros** a los Estados Miembros trata sobre la **Mediación Familiar**, que fue aprobada por el consejo de Ministros el 21 de enero de 1.998.

Al igual que el análisis a la legislación argentina, podemos desglosar este texto legal en los siguientes ítems:

❖ **Ámbito de aplicación:** Recae en los conflictos o crisis que se producen al interior de una **familia**, entendiendo por tal, aquella que se halla unida por vínculos consanguíneos o matrimonio, o entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares semejantes a las determinadas por la legislación nacional.

La mediación no es obligatoria, es decir recae en la voluntariedad de las partes; eligiendo los Estados Miembros su implementación en el área pública o privada, preservando que existan los medios adecuados que garanticen un procedimiento de selección, formación y calificación de mediadores y normas de "buena práctica" que rijan la actividad de éstos.

❖ **Principios que inspiran el proceso de Mediación:**

1. Imparcialidad y neutralidad del mediador.
2. Deben respetarse los puntos de vista de las partes y preservarse la legalidad de la negociación.
3. El mediador no está facultado para imponer una solución.
4. Debe garantizarse el respeto a la vida privada durante el desarrollo del proceso.
5. Prima la confidencialidad, excepto acuerdo de las partes o lo previsto en el Derecho Nacional. Por esta razón, el mediador sólo presenta el acuerdo adoptado por las partes al juez, excluyéndose lo expuesto por éstas durante el proceso.

6. El mediador debe informar a las partes, si lo estima necesario, que pueden recurrir al consejo conyugal o a otras formas de consejo como modos de regular los problemas conyugales o familiares.
7. Debe considerar especialmente el interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse en las necesidades del menor, debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y la necesidad de informarles y consultarles.
8. En caso de existir violencia o la posibilidad que se presente en el futuro, el mediador debe examinar los efectos, que esta circunstancia puede producir en la negociación y si es aconsejable continuar con la mediación.
9. El mediador puede facilitar las informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo, e informar a las partes la posibilidad de recurrir a un abogado u otro profesional competente.
10. El acuerdo adoptado por las partes, debe ser presentado ante un juez u otra autoridad competente que determine el Estado, debiendo también establecer los mecanismos adecuados para la ejecución de estos acuerdos, conforme a la legislación nacional.

Se recomienda a los Estados partes, aplicar los principios descritos para la mediación familiar, a otros modos de resolución de conflictos.

❖ **Relación entre la mediación y los procedimientos que se desarrollan ante la autoridad judicial u otra autoridad competente:** La mediación es un proceso autónomo, que podrá presentarse en tres fases: **previa a un juicio de separación y divorcio**, caso en el cual es una etapa extrajudicial; **durante la tramitación del juicio de separación divorcio**, es decir una vez presentada la demanda respectiva, proponiendo las partes un acuerdo ante el juez competente; o **una vez firme la sentencia definitiva**, si una de las partes estuviere descontenta con alguna de las medidas impuestas en dicha resolución, a fin de evitar futuros conflictos

❖ **Mediación en materia internacional:** Se invita a los Estados a implementar mecanismos de mediación internacional, para todas las cuestiones relativas a los niños, especialmente en lo que se refiere a la guarda y derecho de visita (secuestro parental). Si hubiere un desplazamiento o retención de un niño no autorizada, se expone la inconveniencia de la mediación internacional si implica retardo en el retorno del niño. Considerando las características de la mediación internacional, los mediadores deberán tener una formación complementaria.

TERCER CAPÍTULO:  
SOBRE LOS ANTECEDENTES DE  
LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA.

## I.- LA FAMILIA EN CHILE DURANTE EL SIGLO XX:

### Su evolución como fuente material o mediata de la Reforma del Derecho de Familia Chileno.

Hasta la **Segunda Guerra Mundial**, la situación de la familia occidental presentaba rasgos comunes: el matrimonio formal con relaciones sexuales privilegiadas para los cónyuges (censurándose el adulterio), la superioridad del marido sobre la mujer y del padre sobre los hijos, además de las generaciones más ancianas sobre los más jóvenes, y unidades familiares formadas por varios miembros<sup>162</sup>.

Después de la **mitad del siglo XX** la familia experimenta un cambio "a la velocidad del rayo", al menos en los países del Primer Mundo. Por ejemplo en **Inglaterra y Gales**, en **1.938** había 1 divorcio por cada 58 bodas, pero a mediados de los 80 había 1 por 2,2 matrimonios. Esta tendencia no es ajena a los países más tradicionales y católicos, como **Bélgica, Francia y Holanda**, el número anual de divorcios por cada mil habitantes se triplicó entre **1.970 y 1.985**, igual situación existió en **Dinamarca y Noruega**.

También aumenta la cantidad de gente que vive sola (es decir sin pareja o con algún pariente). Por ejemplo en **Gran Bretaña**, entre **1.960 y 1.980** el 22% de los hogares estaba conformado por personas solas, en **1.991**, ascendió al 25%. Esta situación contrasta con la familia nuclear tradicional, que disminuyó; por ejemplo en **Estados Unidos** en **1.960** el 44% de los hogares correspondía a estas familias, y en **1.980** se redujo al 29%.

---

<sup>162</sup> **HOBBSAWM ERIC:** *Historia del Siglo XX*, Editorial Crítica, Buenos Aires 1.998, p. 323.

La crisis de la familia, según **Hobsbawm**, se debe a importantes cambios en las actitudes públicas acerca de la conducta sexual, la pareja y la procreación, tanto oficial como extraoficial, especialmente en las décadas de los 60 y 70. Esta época fue una etapa de liberalización sexual, especialmente para las mujeres, y en un menor rango para las minorías sexuales, sus efectos derivados corresponden a la tolerancia a la homosexualidad, aumento de las uniones de hecho o de las convivencias prematrimoniales, legalización del divorcio y el aborto, la difusión de los métodos anticonceptivos; situación que produjo una serie de leyes que recibieron dicho contexto.

Durante el **siglo XX**, el cambio más significativo recae en las mujeres; e incluso, para algunos autores es considerada la revolución más importante de la historia de la humanidad, pues recae a lo menos en la mitad del género humano.

La Familia en nuestro país, comparte los cambios expuestos anteriormente, potenciados por la globalización y el avance de las tecnologías.

Además, en nuestra región, compartimos con el resto de los países latinoamericanos, la herencia de la colonización española, el flujo mercantil y la inmigración masiva de poblaciones especialmente europea a partir del **siglo XIX**. Las poblaciones originarias, diseminadas por el continente, si bien se distinguen claramente unas de otras, comparten ciertos rasgos básicos, como el patriarcado, la predominancia de la poligamia, la supeditación de la mujer al varón (sea el padre, hermano, esposo u otros familiares).

Los cambios más relevantes que han afectado a la familia chilena durante el último siglo, pueden sintetizarse en<sup>163</sup>:

- i) La familia nuclear y el acceso de la mujer al mundo del trabajo:

En el período de la **Revolución Industrial**, se inicia el proceso de incorporación de la mujer al mundo laboral. En este período, producto de la insuficiencia del ingreso familiar, deberá la mujer desarrollar junto con el marido, labores remuneradas fuera del hogar.

Esta situación, generara la aparición de la familia nuclear, compuesta por la pareja y un número menor de hijos.

Dicha situación se mantiene hasta **mediados del siglo XX**, pero paulatinamente, el modelo económico liberal, los cambios políticos, sociales y culturales, unidos a la progresiva emancipación de la mujer, provocan la multiplicación de la familia nuclear.

Esta familia nuclear ocupa residencias pequeñas, con una o dos habitaciones, con los servicios básicos, cuyo presupuesto familiar es proporcionado tanto por la mujer y el hombre, producto de sus trabajos remunerados fuera del hogar.

En nuestro país, en **1.970**, la tercera parte de los grupos familiares correspondían a familias nucleares, ascendiendo a dos terceras partes en **1.982**.

Actualmente, existe un aumento en las familias nucleares, cuyo rol proveedor radica en la mujer; a pesar de las diferencias de ingreso y la desigualdad de oportunidades para éstas.

El **Censo** realizado en **1.992**, confirma lo anteriormente expuesto, pues concluyó que el 74,67% de los jefes de familia en Chile eran varones, y el 25,33% correspondía a mujeres; es decir 1 de cada 4 hogares en el país, tiene como jefa de familia, a una mujer. Existe una diferencia entre el sector rural y urbano, siendo mayor la tasa de jefas de familia en el sector urbano.

## ii) Evolución cultural de la Familia:

---

<sup>163</sup> **VALDERRAMA, Pablo:** "*Los cambios en la familia chilena en las últimas décadas*", Unidad de Estudios y Publicaciones, número 103, Biblioteca Digital del Congreso Nacional, Valparaíso, Enero 1999. En <http://www.bcn.cl/>.

El nivel educacional en la población chilena ha aumentado progresivamente desde la **segunda mitad del siglo XX**. Así en **1.950**, cuarenta y cinco mil matrimonios se celebraban en Chile anualmente, de los cuales diez mil eran analfabetos (no obstante encontrarse en vigencia la **Ley de Instrucción Primaria Obligatoria**).

El **Censo de 1.992**, concluyó que el 94,6% de la población mayor de diez años, era alfabeto. El segmento de los chilenos entre 30 y 34 años, presenta el mayor rango de parejas, coincidiendo con el tramo mayor de población con educación media completa.

Es decir, si en **1.950** el porcentaje de alfabetización en los matrimonios era de 77,7%, en **1.992** alcanzaba el 96%.

Dicha transformación, se debe a las políticas estatales adoptadas que promovieron la alfabetización en el país, el surgimiento de la clase media, el acceso a la educación técnica y superior, más la exigencia del sistema económico de contar con una fuerza laboral capacitada, y la expectativa de aumentar los ingresos.

### iii) Migración de la familia:

La industrialización es un fenómeno en avance desde **1.930** en nuestro país, la cual provocara, entre otros, la migración de las familias, desde el área rural a las grandes ciudades. El sistema económico predominante en aquella época, era el sistema económico familiar, en que la familia constituía un núcleo productivo de bienes y servicios menores, a cargo del jefe de familia, cuyo consumo correspondía a los propios productores. Sin embargo, la maquinización en la producción de bienes como el modelo de producción en serie, transformará el sistema económico.

Las familias, se trasladarán a los sectores industriales, en busca de mejorar sus ingresos económicos, concentrándose en los alrededores de las ciudades.

El **Informe de la Comisión Nacional de la Familia de 1.994**, señalaba que en **Latinoamérica**, el fenómeno de la migración urbana se desarrolla en

un período histórico breve, común en esta región. En 1.950, el 55% de la población en **América Latina**, se ubicada en zonas rurales, cuyos ingresos provenían principalmente del sector agropecuario. En 1.990, este porcentaje disminuyó al 18%. En nuestro país, el **Censo** realizado en 1.992, determinó que el 85% de la población se ubicaba en el sector urbano.

Este traslado demográfico, provocó cambios en la estructura interna de la familia, así se dividen los roles en atención al género, asociándose las funciones domésticas a las mujeres, sea en el hogar propio o ajeno, y el rol proveedor a los hombres. Esto dificultó el perfeccionamiento y capacitación que permitiera el desarrollo de habilidades en la mujer, a fin de ingresar al mundo laboral.

Actualmente la segregación de los roles, nuevamente se ha modificado, por la flexibilización de las tareas, que conlleva a un modelo de roles compartidos al interior de la familia.

#### iv) Planificación familiar:

En el período anterior a 1.965, las políticas públicas relativas a la planificación familiar, fueron menores, aisladas e ineficaces.

En el gobierno del presidente **Eduardo Frei Montalva**, se adopta como política nacional pública de salud, programas de control de natalidad, a fin de disminuir la práctica de abortos en el país, que en aquella época sumaban setenta y cinco mil anualmente. En el gobierno del presidente **Salvador Allende**, se mantuvo esta voluntad, agregando el compromiso de información y educación de la población.

Esta opción de los gobiernos, fue retomada en 1.991, a través del **Ministerio de Salud**, a través del Programa de Salud Materno- Perinatal.

#### v) Evolución de los matrimonios y nulidades:

Existe una relación inversamente proporcional entre la celebración de matrimonios y las solicitudes de nulidades; así a medida que disminuyen el número de matrimonios, aumenta el número de nulidades. Por ejemplo en

1.980 se celebraban 86.000 matrimonios y se presentaban 3.072 acciones de nulidad, en 1.998 se celebraron 73.456 matrimonio y se solicitaron 6.269 nulidades, es decir comenzando la década de los ochenta existía una tasa de 3,5 nulidades por cada 100 matrimonios, y al finalizar la década de los 90 era de 8,5 nulidades por cada 100 matrimonios<sup>164</sup>.

Esta es una tendencia mundial, aunque nuestro país aún tiene una tasa menor en comparación a otros países. Por ejemplo en **Reino Unido, Estados Unidos** y **Bélgica**, por cada cien matrimonios contraídos anualmente, se registran 50 divorcios; **Noruega, Francia** y **Suecia** comparten la cifra de 40 divorcios por cada 100 matrimonios; **España** e **Italia** (más conservadores) registran 17 y 12 divorcios respectivamente, por cada 100 matrimonios<sup>165</sup>.

Con respecto a los divorcios, con la entrada en vigencia en **noviembre** del 2.004 de la **Ley Nº 19.947 sobre Matrimonio Civil**, que introduce el divorcio vincular en nuestro sistema jurídico, probablemente estas tasas aumenten si se consideran estas acciones; especialmente considerando el “boom” de las demandas de divorcio en los primeros meses de vigencia de la ley, lo cual puede traer aparejado un aumento de los matrimonios de los divorciados que desean contraer nuevas nupcias a fin de regularizar sus relaciones de hecho y aquellos que desean casarse bajo la nueva ley que les permite divorciarse.

vi) **Aumento de las convivencias o familias no matrimoniales:**

La conformación de parejas sin vínculo matrimonial ha aumentado progresivamente, así en 1.982 el 3,4% de la población correspondía a uniones de hecho, en 1.992 esta tasa ascendió al 6%, y en el año 2.000 correspondía al 10%. Dichas uniones tienen un porcentaje mayor en la población socioeconómica de menores ingresos, y menor en la población de mayores ingresos.

---

<sup>164</sup> **INE**, Enfoque Estadístico Nº 6, julio 2000. En <http://www.ine.cl/>.

<sup>165</sup> **PNUD**, *Informe sobre el Desarrollo Humano*, 1.998.

**vii) Nacimientos fuera del matrimonio:**

Los nacimientos fuera del matrimonio han experimentado un aumento en este siglo. En la **década de los 70**, alrededor del 20% de los nacimientos al año, correspondía a esta franja, en **1.980** ascendió al 30% y en **1.999** equivalía al 48%<sup>166</sup>. Dicha tendencia está relacionada con el porcentaje progresivo de las uniones de hecho, y de las familias monoparentales.

**viii) Embarazo adolescente:**

Dentro de la franja de los nacimientos fuera del matrimonio, el 16% corresponde a hijos de madres menores de 20 años, y 8 de cada 10 de estos niños son hijos de madres solteras<sup>167</sup>. Esta situación se vincula a dos circunstancias, el 40% corresponde a población de menores ingresos y el efecto de deserción escolar.

Además una subtendencia es la disminución de la edad promedio de las madres adolescentes, lo cual puede vincularse con la disminución en la edad de iniciación sexual de las mujeres.

**ix) El aumento de los hogares monoparentales:**

Consecuencia de los quiebres matrimoniales y de las uniones de hecho, o por la decisión personal de las mujeres, ha provocado un aumento ascendente de los hogares conformados por uno de los padres y los hijos. Generalmente estos hogares estarán constituidos por las mujeres, quienes asumirán el rol de jefe de hogar.

---

<sup>166</sup> INE, Anuario de Demografía, 1.999. En <http://www.ine.cl/>.

<sup>167</sup> INE, Enfoques Estadísticas N° 9, octubre 2000. En <http://www.ine.cl/>.

## II.- CONTEXTO JURÍDICO DE LA FAMILIA

### PRECEDENTE A LA REFORMA:

Las fuentes formales a modificar.

En nuestro país desde hace muchos años ha existido la inquietud de reformar la justicia de familia. Ya en el Gobierno del Presidente **Salvador Allende** se designó una Comisión para estudiar dicho cambio, presidida por el entonces **Subsecretario de Justicia José Antonio Viera-Gallo**, contando con el apoyo de distintos sectores. No obstante su desarrollo, debido a los acontecimientos históricos y políticos de la época, quedó archivada hasta el período del **Presidente Patricio Aylwin**, en el cual se recogieron los antecedentes archivados en el **Ministerio de Justicia** y renació esta iniciativa, que durante los tres últimos períodos presidenciales ha venido materializándose paulatinamente hasta llegar a la promulgación y pronta entrada en vigencia de **Ley Nº19.968** que crea los **Tribunales de Familia**.

Bajo el gobierno de presidente **Patricio Aylwin** se creó la **Comisión Nacional de la Familia**. En su **Informe Final de 1.993**, reconoció la existencia de una crisis (compartida con otras áreas) que afectaba a la judicatura, en materia de los conflictos propios del Derecho de Familia.

Esta situación afectaba el acceso a la justicia, el cual era obstaculizado por el atochamiento de los tribunales de justicia; la dispersión de las reglas, procedimientos aplicables y tribunales competentes; ausencia de tribunales especializados, y la connotación adversarial de los procesos, por lo cual se conformaba una justicia lenta y de baja calidad.

En atención a estos resultados, la **Comisión** sugirió para la reforma del Derecho de Familia, la revisión de la realidad de la familia chilena actual, y

la modificación de las normas procesales, las cuales deberían ser abordadas con un criterio de unidad sobre la base de las particulares características de aquellas cuestiones de connotación familiar; a fin de establecer un tratamiento sistemático que permitiera una solución integral al conflicto.

**Gloria Baeza y Jaime Pérez**, enuncian como principales factores de esta crisis judicial, las siguientes circunstancias<sup>168</sup>:

1. Ausencia de tribunales especializados.
2. Estructura deficiente.
3. La competencia diseminada de los asuntos relativos a la Familia, en diferentes tribunales, lo cual obsta a una resolución íntegra y oportuna del conflicto. Por ejemplo, en caso de una separación de hecho de un matrimonio con hijos por episodios de violencia, las cuestiones relativas al cuidado personal, régimen de visitas, medida de protección, alimentos corresponden al juez de menores respectivo, y las denuncias por violencia intrafamiliar, separación de bienes o filiación son conocidas por el juez de letras en lo civil competente, todos estas materias en cuadernos separados.
4. Las características del procedimiento, como lo son su adversariedad, escrituración, escasa intermediación, y la mayor esfera de discrecionalidad del juez, dificultan el conocimiento eficaz, oportuno y suficiente de los conflictos que afecten la Familia.
5. La judicialización de los conflictos familiares, manifestado en el aumento del número de causas de menores, con la consecuencia mediata del retraso en su conocimiento y juzgamiento.

Del análisis de las materias que han sido objeto de reforma en los últimos años, concluimos que el avance que se ha logrado en la formulación de un nuevo Derecho de Familia adecuado a los compromisos asumidos por nuestro país a nivel internacional, hasta el momento se había plasmado sólo en el aspecto sustantivo, es decir en cuanto a los derechos y deberes de los

---

<sup>168</sup> **BAEZA Gloria, PEREZ Jaime:** *Los Nuevos Tribunales de Familia*, Editorial Lexis Nexis, Santiago 2005, p. 6.

distintos miembros de la familia, a la regulación de las relaciones familiares y a las normas que tienden a proteger y a favorecer la vida familiar <sup>169</sup>.

En cambio desde el punto de vista procesal, no se apreciaba avance alguno. Es decir, el tratamiento judicial de los conflictos familiares no había sido tocado por la tendencia modernizadora.

La falta de concordancia entre los aspectos sustantivos y los procesales del Derecho de Familia, generaba un efecto perverso: restarles eficacia a los cambios introducidos en el primero y fortalecer la percepción social en torno a que las reformas legales son asuntos meramente teóricos que sólo interesan a parlamentarios y a juristas pero que no alcanzan al ciudadano común que, enfrentado a la práctica judicial, no percibe cambio alguno.

Desde el punto de vista del Derecho Interno, la creación de los tribunales de familia se enmarca dentro de un proceso más amplio de formulación de un nuevo Derecho de Familia. La etapa actual es una fase de transición, pues coexisten instituciones e ideas antiguas con otras modernas.

#### A) La judicatura de menores como precedente a la Ley N<sup>o</sup> 19.968<sup>170</sup>:

En nuestro país, podemos diferenciar tres etapas cronológicas, caracterizadas por el aumento progresivo de la intervención estatal.

La *primera etapa*, corresponde a la normativa del **Código Civil**, basado en el principio de protección patrimonial del niño, a través del establecimiento de reglas especiales, que regían hasta la mayoría de edad del menor. Se entregaba al padre el cuidado del hijo, en el aspecto moral y patrimonial, prescribiendo algunas normas sólo en este último aspecto,

---

<sup>169</sup> **TURNER SAELZER, Susana:** (n.133), p.416.

<sup>170</sup>En esta materia seguiremos a **BAEZA Gloria, PÉREZ Jaime:**(n.168), pp. 3-9.

quedando al criterio del padre el primero, encontrándose en la esfera privada.

En el Derecho Comparado, esta descripción corresponde al **sistema francés de control familiar**, el cual radica en la familia el control de la potestad de tutela y cuidado de los niños, así ejerce un rol prioritario en la supervigilancia de sus miembros, por sobre la intervención del Estado.

La segunda etapa, comienza con la entrada en vigencia de la **Ley Nº 4.447 en 1.928** (antecedente legislativo de nuestra actual Ley de Menores), que crea el primer Tribunal de Menores y la primera Casa de Menores, aplicándose con preferencia a las normas del Código Civil y del Código Penal.

Se incorpora la **doctrina de la situación irregular**, es decir el menor que se encuentra en riesgo material o moral, o en conflicto con la justicia siendo inimputable. El Estado asumirá un papel más protector, bajo esta orientación, la ley se dirigirá a los menores que se encuentren en dicha situación, sujetándose a la normativa general, los menores no comprendidos en esta hipótesis. Los menores que se encuentren en situación irregular, serán protegidos por el Estado, a través del Poder Judicial, justificando la intervención del Estado, no en la protección de los derechos del niño, sino en la protección de los ciudadanos frente a estos menores en riesgo.

La normativa se acerca al **sistema alemán**, el cual otorga la obligación general de tutela de los niños al Estado, a través de los tribunales de justicia; por lo tanto, la intervención pública está legitimada en un amplio campo dentro del Derecho de Familia.

Se agrega una nueva óptica, en materia penal, cual es, preferir la investigación y tratamiento de las causas de la delincuencia, por sobre la represión y castigo del delito.

La tercera etapa, comienza con la ratificación de nuestro país, de la **Convención de los Derechos del Niño en 1.990**. Este tratado internacional,

insertara en el marco nacional una nueva óptica: El niño como sujeto de derechos, frente a sus padres y terceros, para lo cual se establece un sistema orgánico y completo que garantice la protección del interés superior del niño, esto se conoce como la **Doctrina de la protección integral del menor**.

La **Ley que crea los Tribunales de Familia**, se inspira en este contexto, por lo cual se responde a la necesidad de crear un sistema jurisdiccional idóneo con competencia amplia para pronunciarse sobre todos los conflictos que se susciten al interior de una familia. El **artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño**, que desarrolla la concepción de la protección integral del niño, establece la obligación de nuestro país de adaptar su ordenamiento interno y su política pública a este tratado.

La concepción moderna, mira al niño como un Sujeto de Derecho, al igual que un adulto. Por lo tanto, deberá recibir igual trato y consideración por parte del Estado, lo que se conoce como **principio de inviolabilidad**. Y no reprocharles cualidades adscritas, como lo es la condición de niño, conocido como el **principio de la dignidad**.

La calidad de Sujeto de Derechos del Niño, tiene dos objetivos: reconocer su calidad de tal, y desarrollar sus aptitudes a fin de concretarlas, es decir respetar sus derechos con el fin que lleguen en el futuro a ejercitarlos en plenitud.

Concluimos que nuestros tribunales de menores en la etapa anterior a la dictación de la **Ley Nº 19.968**, se caracterizaban por las innumerables causas que sobrepasan la capacidad de la Judicatura generando su saturación, la dispersión y segmentación de sus normas en diferentes procesos con tribunales competentes distintos, y la disfuncionalidad del modelo contenciosos civil atendido las particularidades del conflicto familiar

Esto porque la concepción que inspiraba nuestra justicia de menores, no recogía cabalmente las características del conflicto familiar, las prioridades del Derecho Internacional y la concepción de los niños como un sujeto de derechos. Esta situación, constituía una infracción grave a las

obligaciones contraídas por nuestro país a nivel internacional y el deber proclamado en la **Carta Fundamental**.

## **B) La mediación en Chile antes de la nueva judicatura de familia:**

A partir de la década los 90, sin la expresión de un marco normativo, la mediación se ha ido implementando en diferentes áreas del acontecer jurídico de nuestro país, a través de la práctica motivada por instituciones, como por ejemplo, las **Corporaciones de Asistencia Judicial**, la **Dirección del Trabajo** y **Cámaras de Comercio**.

La década de los noventa coincide con la nueva etapa política que vive el país, siendo una de las propuestas del gobierno de ese entonces, el mejoramiento de la administración de justicia, a través del aumento de la oferta de tutela de los derechos<sup>171</sup>.

Así la mediación irrumpe, al igual que en otros países, como la reacción a la crisis judicial generada por la saturación de los tribunales y extensión de los procesos jurisdiccionales. El estudio "**Justicia y marginalidad. Percepción de los Pobres**" realizado en 1.993 por el C. P. U.-DESUC, sobre la percepción de los usuarios de la administración de justicia señala:

- ❖ El 82,8% tienen una opinión espontánea negativa sobre la justicia, y al especificar ésta, la califican como ineficiente 21%, lenta 12,7% y discriminatoria 18,9%.
- ❖ El 30% de las personas que siguieron hasta el final con su demanda ante el tribunal, que no fuera de policía local o del crimen, manifestaron su insatisfacción con el resultado, en el sentido que no les sirvió de nada o muy poco.

El estudio realizado en 1.998 por el **Programa de las Naciones unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre desarrollo humano en Chile**, concluyó la creciente inseguridad en la población respecto a la seguridad ciudadana, lo

---

<sup>171</sup> **ALLIENDE, BURGOS, CORREA y PÉREZ:** (n.7), p. 67 y siguientes

cual abstrayéndolo a márgenes generales, manifiesta el "temor al otro", ampliamente compartido en nuestra sociedad.

En la etapa que antecede la promulgación de la **ley Nº 19.968 que crea los Tribunales de Familia**, desde **1.995**, se imparten una serie de cursos relativos a la resolución alternativa de conflictos, en los cuales se preparan a los diferentes profesionales pertenecientes a la corporación de Asistencia judicial de Valparaíso y la Región Metropolitana. En **1.996**, se implementó un plan piloto en las **Corporaciones de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana y de Valparaíso**<sup>172</sup>, por el cual se fomentaría el conocimiento y aplicación de la mediación, creándose **Centros de Mediación** en dichas instituciones, en primer lugar en la **Región de Valparaíso**, constituyéndose como el primer Centro de Mediación en Chile, y posteriormente en la **Región Metropolitana**.

En **1.997** comienza un **proyecto piloto de mediación anexo a tribunales** a cargo del **Misterio de Justicia** con el fin de evaluar y promocionar la mediación familiar en la comunidad, antes implementar los Tribunales de Familia. Dicho plan se materializo en las ciudades de **Valparaíso** y **Santiago**. Invitando a los tribunales civiles y de menores a participar voluntariamente en dicho proyecto.

Este programa contempló, un plan de capacitación para los funcionarios de los juzgados adscritos, a fin de facilitar el proceso de implementación.

Los **Centros de Mediación**, recibían casos derivados de los tribunales de justicia. Sin embargo a partir de **1.999** en **Santiago** y el año **2.000** en **Valparaíso**, se abre la oferta de servicios a todo público.

Según estadísticas de la **Corporación de Asistencia Judicial**, comprendiendo el período entre los años **1.997** y **2.000** la mayoría de las intervenciones en resolución de conflictos corresponde a materias de familia (64,6%), en segundo lugar asuntos civiles (19,7%) y otros (13%).

De estas intervenciones, el 52.3% terminó en acuerdo y un 47.6% no logró una solución que finalizara el conflicto. Los conflictos periódicos que se presentaron en el área familiar son los relativos a alimentos, ya sea menores o mayores, el derecho que tienen los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular (derecho de visitas), el derecho de cuidado y crianza (tuición), separación de bienes, conflictos sucesorios, desavenencias domésticas, cuidado de algún miembro de la familia, filiación y violencia intrafamiliar.

Las opiniones de los magistrados de los tribunales que participaron de este proyecto, son un elemento que nos permite visualizar la percepción de la mediación familiar al interior de la judicatura.

En primer lugar señalaron que la mediación no se aviene con nuestro contexto cultural especialmente en los sectores populares, pues existe una cultura exacerbadamente autoritaria. En los usuarios prima la inseguridad en si mismos y la desconfianza en el otro, por lo cual surge la convicción de que solo una figura de autoridad como el juez, es capaz de resolver el conflicto<sup>173</sup>.

Los jueces que no derivaban los casos a mediación (6 de 12), la objetaban desde el punto de vista jurídico.

Señalan que en un litigio se sigue la lógica del derecho por lo cual existe un criterio objetivo para resolver los hechos, en cambio en la mediación sería la voluntad de las partes la que conviene un determinado proceder frente a los hechos, careciendo de una base objetiva y de consulta a instancias probatorias.

Así postulan una “mediación con carácter conciliatorio” que permita al tercero intervenir propositivamente según criterios fijados objetivamente; no deberá aplicarse en los asuntos que comprometan un derecho proteccional, por ejemplo menores.

---

<sup>172</sup> ALLENDE, BURGOS, CORREA y PEREZ: (n.7), p.100.

<sup>173</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA: (n.77), p.68.

### III.- EL PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA:

La reforma de nuestro Derecho de Familia.

#### A) Objetivos, fundamentos y contenido del proyecto de ley:

Respondiendo a la necesidad planteada por diversos sectores, sobre la creación de los Tribunales de Familia y la Reforma del Derecho de Familia en nuestro país; el **Ministerio de Justicia**, con la colaboración de académicos, jueces y destacados juristas, preparó el proyecto que establecía un modelo de tribunal de características especiales, adecuadas para cumplir eficazmente los objetivos de pacificación y tratamiento integral del conflicto familiar.

El **5 de noviembre de 1.997**, ingresó a la **Cámara de Diputados**, el proyecto de ley. En su **mensaje**, reiteraba la descripción dada por el informe de la **Comisión de la Familia**, destacando la absoluta asimetría entre los cambios políticos y sociales que el país experimentó en las últimas décadas y el estado de sus instituciones jurisdiccionales. Dicho cambio se manifestaría desde un punto de vista cuantitativo, ya que nuestro sistema de administración de justicia presentaría una incapacidad estructural para hacer frente al crecimiento del litigio; y desde una perspectiva cualitativa, al existir una falta de correspondencia entre los procedimientos previstos para producir decisiones jurisdiccionales, y la extrema diversidad de los conflictos que comparecen ante la judicatura reclamando solución (la disfuncionalidad del modelo judicial).

Por consiguiente, la solución al problema diagnosticado no pasaría sólo por aumentar la capacidad del sistema para resolver conflictos, sino

también por un cambio en el modo en que se resuelven éstos, con miras a hacer de esas resoluciones, decisiones socialmente aceptadas y legitimadas.

Conforme a lo anterior, el proyecto de ley contempla objetivos y fundamentos generales y objetivos específicos, los cuales con son: I

**Objetivos y fundamentos generales del proyecto:**

Ante todo, se trata de dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos, para hacer frente a un especial tipo de contencioso, para el cual hoy, nuestro ordenamiento, carece de una respuesta específica: el de naturaleza familiar.

En efecto, la justicia de menores que hoy existe en nuestro país, posee una inspiración conceptual y un diseño procedimental que no se condice ni con la especial naturaleza del contencioso familiar, ni tampoco, con las exigencias que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –al que Chile se encuentra sometido por mandato constitucional– contempla.

Los conflictos de naturaleza familiar suelen poseer una naturaleza más bien sistémica. Respecto de ellos, las nociones habituales del Derecho Privado, como la culpa o las técnicas de responsabilidad, resultan inadecuadas. A la vez, el Derecho Comparado, y los instrumentos internacionales, aconsejan 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. La actual situación de la administración de justicia respecto de la niñez, la adolescencia y la familia es, pues gravemente deficitaria. Esta es una situación especialmente grave, que debe ser corregida para dar cabal cumplimiento al deber del Estado de proteger la familia, que proclaman el texto constitucional y múltiples instrumentos internacionales.

Corresponde al Estado emprender una política que, con sentido estratégico, pueda hacer frente a esa realidad.

Pero no se trata únicamente de dar una respuesta –hasta ahora inexistente– al contencioso familiar. Se trata todavía, de que esa respuesta

sea socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflicto.

El diseño predominantemente adversarial del proceso judicial chileno, su extrema escrituración, la escasa intermediación que es posible advertir entre el juez llamado a proveer la decisión al conflicto y un conjunto de funcionarios no letrados del tribunal, y la alta discrecionalidad del procedimiento, especialmente en materia de niños y adolescentes; aconsejan modificar la actual justicia de menores, para dotar así a sus magistrados de procedimientos y formas de actuación que les permitan, dar una respuesta socialmente adecuada al contencioso familiar.

Esta reforma persigue, en términos generales, cuatro objetivos de política pública de justicia que al gobierno le interesa explicitar, porque subyacen también en otros proyectos que se encuentra impulsando.

En primer lugar, se trata de tender, al igual que en materia procesal penal, hacia procedimientos que favorezcan la intermediación entre los justiciables y los jueces, instituyendo, en consonancia con el Derecho Comparado, un procedimiento que enfatice la oralidad por sobre la escritura. Ello favorecerá la publicidad y la imparcialidad del juicio jurisdiccional contribuyendo, así, a aumentar su legitimidad.

En segundo lugar, se trata de acrecentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos. La evidencia empírica disponible pone de manifiesto que el contencioso familiar es, de los problemas que aquejan a los sectores de menores recursos, el más vinculado a su bienestar cotidiano.

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.

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

Con dicho fin, el proyecto instituye la **mediación**. Este un aspecto del proyecto de particular interés, y a favor del cual es posible citar importantes experiencias en sistemas jurídicos tan prestigiosos como el francés o el canadiense.<sup>174</sup>

La recepción positiva de los **MARC** en la nueva ley, manifiesta la opción política de establecer una nueva Justicia para el **Bicentenario de la República**, acorde con la transformación del modelo judicial, que implica una mayor participación ciudadana, a través de elementos que permitan encuentro y convivencia, en un marco pacífico, y efectivizar este acceso de los ciudadanos, especialmente de los sectores marginados<sup>175</sup>. Es la expresión del compromiso estatal de fomentar una justicia más ágil, efectiva, oportuna, cercana y preocupada especialmente por la víctima.

Los MARC se vinculan a la noción de la **Salud Jurídica**, que agrega a la concepción de justicia y el ejercicio de los derechos, no sólo como la actuación jurídica para protegerlos o defenderlos en caso de vulneración, sino que como una forma de vivir la justicia y ejercer los derechos diariamente en nuestros espacios cotidianos que brinden bienestar y calidad de vida a las personas<sup>176</sup>.

#### Objetivos específicos del proyecto de ley:

Los objetivos específicos del proyecto de ley, se relacionan con ciertas condiciones que, se estiman indispensables para una jurisdicción de familia. Ellas son<sup>177</sup>:

1.- **La incorporación de una jurisdicción especializada en asuntos de familia.**

Para ello se crean tribunales dotados de competencia para conocer de todas las materias que puedan afectar a las familias, de manera que

<sup>174</sup> **MENSAJE PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA**, 3 noviembre 1997. Historia fidedigna de la Ley N°19.968. En <http://bcn.cl/>.

<sup>175</sup> **MINISTERIO DE JUSTICIA**, "*Justicia de los Acuerdos*", Editorial del Boletín jurídico, año 3, número 6, septiembre 2004, p. 8.

<sup>176</sup> **MINISTERIO DE JUSTICIA**: (n. 175), p. 7.

<sup>177</sup> **MENSAJE PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA**: (n.174).

aquellas que se encuentran en conflicto no deban iniciar varios procedimientos distintos –incluso ante tribunales diversos– para resolver los asuntos que los involucran.

2.-**Proporcionar a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas.** El proyecto, promueve el uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos, tanto la mediación como la conciliación, apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar.

3.- **Contar con una jurisdicción interdisciplinaria.** Los tribunales de familia, conocerán los conflictos sometidos a su resolución en forma integral, incorporando todos los elementos constitutivos de éste.

4.-Conforme a la naturaleza del conflicto familiar, **el juez tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos sometidos a su conocimiento.** Con este fin, se ha diseñado un procedimiento oral, flexible, concentrado, y basado en el principio de la inmediación.

5.-Por último, en el proyecto se contempla un objetivo que no es propio de la judicatura de familia, pero recoge una tendencia internacional, incorporando **elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia**, con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción sea lo más eficaz y eficiente posible.

A continuación, nos referiremos al **contenido esencial del proyecto de ley**, ya que en su tramitación veremos importantes modificaciones, en especial a lo que respecta a la materia objeto de nuestro trabajo.

En cuanto a su **estructura**, dicho proyecto consta de **seis Títulos**, cada uno de los cuales se compone de un número específico de párrafos, y contiene además, las normas transitorias necesarias para su puesta en marcha.

El Título I: Regula la organización de los tribunales de familia a los que se concibe como una judicatura especializada, integrante del Poder Judicial. Se les da el carácter de tribunales unipersonales de composición múltiple, integrados por el número de jueces que la ley determine para cada territorio jurisdiccional. Regula además, la organización y funcionamiento del personal que compone su estructura orgánica, esto es además de los jueces, el Consejo Técnico, el administrador y el personal de secretaría.

En el **párrafo primero**, establece algunas normas especiales relativas a los **jueces de familia**. Destaca la existencia de un juez presidente en cada uno de ellos, cargo nuevo que se ejerce por orden de antigüedad de los jueces del tribunal, por períodos limitados de un año pero renovables.

El **párrafo segundo, tercero y cuarto del Título I**, se refieren al **Consejo Técnico, al administrador** y a los **oficiales de Secretaría**, respectivamente.

Cada Tribunal de Familia tendrá un **Consejo Técnico**, que constituye un cuerpo de asesoría especializada, compuesto por asistentes sociales y psicólogos. Este Consejo, asesorará al juez en la comprensión de los hechos y situaciones que se ventilen, permitiéndole tener una visión interdisciplinaria, de importancia cuando se trata de conflictos de familia. La composición de este cuerpo -siempre multidisciplinaria- varía en función del número de jueces del tribunal y se establece que sus actuaciones deben ser públicas, en concordancia con el principio de la oralidad e inmediatez presentes en esta judicatura.

Con miras a garantizar un eficiente funcionamiento del tribunal y permitir a los jueces dedicar el máximo de su tiempo a la labor propiamente jurisdiccional, se crea la figura del **administrador**. Éste se concibe como un auxiliar de la administración de justicia. Deberá contar con un título profesional del área de administración o finanzas, y será el encargado de la gestión administrativa y financiera del tribunal. El administrador será el superior jerárquico de los funcionarios de secretaría del tribunal, y él a su vez, dependerá del juez presidente.

Como una consecuencia de lo anterior, se elimina el cargo de secretario del tribunal.

El **Título II**: Fija la competencia de estos tribunales, concentrando en ellos el conocimiento de todas las materias concernientes a las cuestiones de familia, con la sola excepción de las nulidades de matrimonio por vicios de forma y aquellas de orden sucesorio.

Les corresponde asimismo a los tribunales de familia, el conocimiento de las causas sobre infracciones juveniles a la ley penal, materia que en un futuro cercano será objeto de una nueva regulación a fin de adecuar nuestra legislación en esta materia a la Convención sobre los Derechos del Niño.

El **Título III**: Regula el procedimiento que se aplicará ordinariamente en los tribunales de familia. Se ha dividido en **cinco párrafos**, a saber: **Principios Formativos, Reglas Generales, Medidas Cautelares, Procedimiento Ordinario, de la Mediación**. El proyecto establece un procedimiento esencialmente **oral, público, desformalizado y concentrado**.

Respecto a la **comparecencia de las partes**. Estas podrán comparecer personalmente sin necesidad de patrocinio letrado. Sin embargo, si una de ellas designa abogado patrocinante, el juez debe ordenar que todas las demás cuenten con la misma asistencia. En esta materia, se adoptan medidas para garantizar que también los intereses de los niños e incapaces se encuentren debidamente representados.

El **procedimiento judicial se puede iniciar** por demanda oral o escrita, siendo en ciertos casos -causas sobre alimentos, tuición y visitas- un **requisito de procesabilidad el haber asistido previamente a mediación** según se detalla más adelante.

El resto del procedimiento deberá llevarse a cabo en **dos audiencias sucesivas**; la primera de ellas, de **carácter preliminar**, para los efectos de preparar adecuadamente el juicio y provocar la conciliación entre las partes si la causa no se ha derivado a mediación; y la audiencia siguiente que se

denomina **complementaria**, cuyo objeto es que en ella se rinda íntegramente la prueba que no se haya podido rendir con anterioridad.

Con el fin de fortalecer la vigencia del **principio de inmediatez**, se sanciona con nulidad insanable la ausencia del juez, en la práctica de las actuaciones que la ley le encomienda o la delegación no autorizada de sus funciones.

En principio, el juez está obligado a dictar **sentencia** en la misma audiencia en que se rinde la prueba, salvo estricta necesidad de decretar nuevas diligencias, caso en que deberá fundamentar la resolución.

Especial relevancia cobra a nuestro estudio, el **párrafo quinto del Título III, denominado “De la Mediación”**, que regula a partir del artículo 54 al 78, este método alternativo de resolución de conflictos.

Dicha normativa, establece la **mediación obligatoria y previa**, es decir como requisito de procesabilidad en las causas relativas a alimentos, tuición y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite, si acreditaron que antes del inicio de la causa sometieron el conflicto a mediación, ante mediadores habilitados en conformidad a la ley.

En las restantes materias de competencia de los tribunales de familia, se establece **mediación facultativa**, ya que podrán ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa hasta antes de la audiencia complementaria, mediante resolución que pronunciará el juez oyendo a las partes.

Se **exceptúan de la mediación**, los asuntos relativos a hechos delictivos cometidos por menores de edad, maltrato de menores e incapaces, adopción, acciones de estado civil, interdicción, nulidad del matrimonio y divorcio.

El proyecto recoge los **principios** fundamentales que rigen el proceso de mediación, tales como, **la igualdad de las partes, confidencialidad, e imparcialidad del mediador**.

Con el objeto de que la mediación sea una opción efectiva y eficaz para las partes, y considerando que se prevé su aplicabilidad a otros ámbitos, esta institución se regulará en un cuerpo legal distinto a este proyecto. Dicho texto contendrá el diseño de un **Sistema de Mediación Anexo a los Tribunales en materias de familia**.

El Título IV: Regula la vías de impugnación de las resoluciones, contempla los **recursos de Rectificación y Enmienda, Reposición, Apelación y Casación**.

El Título V: Regula los procedimientos especiales, a saber, la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de menores de edad, la violencia intrafamiliar y los actos judiciales no contenciosos de familia.

El Título VI, y final recoge un conjunto de disposiciones que modifican diversos cuerpos legales, a fin de dar al proyecto la debida coherencia y armonía con el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto este proyecto, en términos generales, consagra el principio de la especialidad de la competencia en materias de familia, creando una judicatura especial, al concentrar todos los asuntos relativos a la familia en un solo tribunal; a la competencia de los actuales Juzgados de Menores, se agrega el conocimiento de los asuntos de índole familiar encargadas a los Juzgados Civiles y las causas por infracciones juveniles a la ley penal de los Juzgados del Crimen.

## B) Tramitación del proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia:

Es interesante para nuestro objeto de estudio: la mediación familiar, desarrollar la tramitación de este proyecto, ya que fue un largo viaje, de casi 6 años, no exentos de controversias. Trataremos de ilustrar el cambio en el tratamiento que se le dió a la “mediación”, en especial en el segundo trámite constitucional, lo que nos permitirá entender su actual recepción.

Siendo esta materia engorrosa, dividiremos en nueve puntos nuestro estudio, en atención a los trámites constitucionales.

### 1- Primer trámite legislativo:

Como ya señalamos, el proyecto de ley que crea los tribunales de familia, en adelante el proyecto, ingresó con **fecha 5 de noviembre de 1.997** a la **Cámara de Diputados**, cumpliendo con los trámites que a continuación se detallan:

1.1.-Dicho proyecto, fue informado por la Corte Suprema (14 enero de 1.998) y la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados (21 de julio de 1999):

Destacamos las observaciones de la **Corte Suprema** en relación a la incorporación de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, al respecto señaló: "Se privilegia en el proyecto en informe un sistema alternativo de resolución de conflictos, que aparece adecuado en materias familiares, como es la mediación y, al efecto, se reglamentan sus aspectos en los artículos 54 a 78, pero para poder informar más detenidamente a este respecto sería necesario conocer las disposiciones que se incluyan en la ley que regulará

el sistema nacional de mediación a la que se hace referencia en los artículos 59, 74 y 78 del presente proyecto”<sup>178</sup>.

La **Comisión de Familia de la Cámara de Diputados**, para evacuar su informe, escucho las intervenciones de los representantes y asesores del ejecutivo, jueces de menores, asistentes sociales, Centro de Mediación de la Región Metropolitana y Valparaíso, entre otros invitados; quienes en general apoyaron la inclusión de la mediación para la resolución de los conflictos familiares

Respecto a la mediación, la **Comisión** en la **discusión y votación en particular del proyecto**, aprobó en forma unánime, diversas modificaciones formales destinadas únicamente a cambiar de ubicación algunas de las disposiciones de la iniciativa, en procura de una mejor sistematización de las mismas.

Otras modificaciones se refieren a resaltar los principios de la mediación como por ejemplo la modificación del **artículo 60** (pasa a ser **55**) prescribe que las demás materias de competencia de estos tribunales, exceptuadas las citadas en el artículo siguiente, podrán ser derivadas a mediación en cualquier momento hasta antes de la audiencia complementaria, mediante resolución que pronunciará el juez **oyendo a las partes**. La **Comisión**, estuvo de acuerdo en sustituir la expresión final "**oyendo a las partes**" por "**con acuerdo de las partes**", por considerar que el proceso de mediación, para ser eficaz, exige que las partes se sometan voluntariamente a él, especialmente tratándose de materias que no están sujetas por ley a ese procedimiento.

---

<sup>178</sup> **INFORME CORTE SUPREMA**, Oficio 0035, 14 enero 1998. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

La **Comisión** se avocó a analizar extensamente la viabilidad o pertinencia de incorporar la mediación y la conciliación, u otro sistema alternativo de solución de conflictos, dentro del procedimiento aplicable a los actos de violencia intrafamiliar --que este proyecto radica en los tribunales de familia--, habida consideración de las críticas que se esgrimen en contra de dichos mecanismos de autocomposición, tratándose de este tipo de violencia.<sup>179</sup>

1.2.-El 30 de mayo del 2.001, el Presidente de la República presentó una indicación sustitutiva total del proyecto de ley que crea los tribunales de familia:

Estas indicaciones reafirman la idea de la existencia de un consenso nacional en torno a la necesidad de legislar sobre esta materia, introduce importantes modificaciones en cuanto a la creación de los juzgados de familia, fija sus plantas, regla el sistema de mediación, e introduce adecuaciones orgánicas.

El **Mensaje del proyecto sustitutivo**, hace especial mención al **Sistema de Mediación Anexo a Tribunales de Familia**, con hincapié en que uno de los objetivos centrales que se persigue en el proyecto de ley, es el de dotar a nuestro sistema de justicia de familia de mecanismos no adversariales para la resolución de los conflictos familiares.

Respecto a la **Mediación** se mantiene en el **Título V**, reglamentándose en los **artículos 74 a 129**. El **párrafo primero** se refiere a conceptos generales; el **párrafo segundo** se reglamenta el procedimiento de mediación distinguiendo, además, entre la obligatoria, la facultativa y la prohibida; el **párrafo tercero** se dedica al registro de mediadores de familia y a los

---

<sup>179</sup> **INFORME COMISIÓN DE FAMILIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS**, 21 julio 1999. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

requisitos para ser mediador habilitado; el **párrafo cuarto** contempla los organismos de formación de mediadores y los programas de formación; el **párrafo quinto** recoge la licitación de los servicios de mediación; el **párrafo sexto** el pago y garantía de los servicios de mediación; y el **párrafo séptimo** el control de los prestadores de servicios de mediación, los reclamos y las sanciones.

1.3.-La indicación sustitutiva total del proyecto, fue informado por la Corte Suprema (9 agosto 2001) y la Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia (16 abril 2003):

Respecto a esta indicación sustitutiva la Corte Suprema, concluyó que:“Con las salvedades señaladas en lo relativo al procedimiento, esta Corte es de opinión que la indicación sustitutiva que se informa estructura en forma más adecuada los Tribunales de Familia, que el proyecto original”<sup>180</sup>.

Las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia, luego de discutir en particular el proyecto, concluyeron en regular la mediación en el **Título V**, de la siguiente manera<sup>181</sup>:

En el **párrafo primero**; “**De la mediación**”, define la mediación y establece los prestadores de servicios de mediación. El servicio de mediación anexo a los juzgados de familia, será prestado por las personas naturales o jurídicas que sean seleccionadas a través del proceso de licitación .La supervisión, control, registro y administración de los recursos del sistema de mediación anexo a los juzgados de familia, corresponderá al Ministerio de Justicia, a través del Departamento de Mediación.

<sup>180</sup> **INFORME CORTE SUPREMA**, oficio 001649,9 agosto 2001.Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

<sup>181</sup> **INFORME COMISIONES UNIDAS DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA Y DE FAMILIA**, 16 abril 2003. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

El párrafo segundo; “Del procedimiento de mediación”, establece los principios de igualdad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad.

Se mantiene la **mediación obligatoria** en los mismos terminos del proyecto original. En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la Ley N° 19.325, sobre violencia intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidas en los artículos 71 y siguientes de la presente ley.

Se establece la **Mediación prohibida** para los asuntos relativos al estado civil o interdicción de las personas, las causas sobre maltrato de menores o incapaces, los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción de menores de edad y las causas sobre nulidad de matrimonio y divorcio.

Establece un funcionario especialmente calificado, determinado a estos efectos por el tribunal respectivo, para instruir convenientemente a los interesados acerca de la mediación, del carácter previo de dicho procedimiento y de la obligación de concurrir a la primera sesión que sean citados por el mediador. Para estos efectos, el interesado deberá concurrir al tribunal competente y anunciar su acción por medio de un formulario destinado a ese efecto.

Establece normas sobre la **duración del procedimiento de mediación** (no podrá durar más de sesenta días contados desde que el mediador haya recibido la comunicación del tribunal que lo designa); sobre la **mediación fracasada y el acta de mediación**.

El párrafo tercero,” De la **administración del Sistema Nacional de Mediación**”, establece que la mediación estará a cargo del **Departamento de Mediación del Ministerio de Justicia**, a quien le corresponderá, entre otras funciones: 1) Crear y llevar el Registro de Mediadores de Familia; 2) Autorizar a los organismos de formación de mediadores; 3) Fijar las bases para las licitaciones regionales de los mediadores; 4) Llamar cada tres años a licitación para la prestación de esos servicios en cada Región; 5) Recibir

los reclamos que se formulen respecto de los prestadores de los servicios de mediación; 6) Todas las demás funciones que esta ley le asigna.

El **párrafo cuarto**, establece el **Registro de Mediadores de Familia y los requisitos para ser mediador habilitado**, que estará a cargo del **Departamento de Mediación**. Para ser inscrito en el Registro de Mediadores se requiere: 1) Poseer un título profesional en el área de las ciencias humanas y sociales otorgado por alguna universidad del Estado o por una universidad o instituto profesional reconocidos por el Estado; 2) Haber ejercido la profesión por al menos tres años; 3) Haber aprobado el curso de formación para mediadores de que trata el Párrafo siguiente de este Título; 4) No estar afecto a ninguna de las inhabilidades que se establecen en el artículo siguiente; 5) Contar con una oficina o recinto adecuado para el desarrollo de las sesiones de mediación, de acuerdo a las especificaciones contenidas en el reglamento.

También se establecen **inhabilidades**, no pudiendo inscribirse en el Registro de Mediadores: 1) Los que hayan sido condenados, o respecto de quienes se haya formalizado una acusación por delitos que merezcan pena aflictiva; 2) Los que hayan sido condenados, o respecto de quienes se haya formalizado una acusación por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal, cualquiera sea la pena aplicable; 3) Los que hayan sido condenados por actos constitutivos de maltrato infantil o violencia intrafamiliar, y aquellos respecto de quienes se hubiere suspendido condicionalmente la dictación de la sentencia; 4) Los que se hallen declarados en interdicción de administrar lo suyo y los fallidos; 5) Los funcionarios del Poder Judicial, incluyendo los de su Corporación Administrativa; 6) Los funcionarios del Ministerio de Justicia y los de sus servicios dependientes, los del Ministerio Público y los de la Defensoría Penal Pública.

El párrafo quinto, regula los organismos de formación de mediadores (entendiéndose por tales las universidades del Estado o reconocidas por éste, acreditadas por el Departamento de Mediación); los programas de formación, requisitos para constituirse en organismo de formación de mediadores y la cancelación de la acreditación.

El párrafo sexto, regula la licitación de los servicios de mediación, la convocatoria a licitación, los participantes, la composición del jurado de licitación, resultados de la licitación, licitación declarada desierta y convenios directos.

El párrafo séptimo, establece el régimen de pago y garantía de los servicios de mediación, la suscripción de contratos y pagos, la determinación del valor de los servicios de mediación, reajustabilidad y asignación por transporte

El párrafo octavo establece normas sobre control de los prestadores de servicios de mediación (inspecciones, informes periódicos), reclamos y procedimiento de aplicación de las sanciones.

#### 1.4.-Oficio de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia a las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia de la Honorable Cámara de Diputados:

La Corte en su informe, se refirió al Sistema Nacional de Mediación anexo a Tribunales de Familia, señalando que en el proyecto se introduce una modificación sustancial, puesto que ahora, la supervisión, control, registro y administración de los recursos de ese Sistema de Mediación se encarga a un Departamento dependiente del Ministerio de Justicia, lo que esta Corte estima más apropiado. Asimismo, se aumentan y mejoran las atribuciones de este Departamento de Mediación.

La **Corte** a través de este oficio, sugirió algunas modificaciones al proyecto, entre las que destaca, por ser acogida en el proyecto definitivo:

- ❖ Respecto de la mediación, por ser ésta eminentemente voluntaria, no procede, en concepto de esta Judicatura, imponer su obligatoriedad a las partes, más aún cuando la gran cantidad de usuarios de estos Tribunales, es de escasos recursos y se les recargará el costo judicial con gastos derivados de gestiones adicionales injustificadas si no se acogen voluntariamente a dichas gestiones como movilización o ausencias a sus respectivos trabajos, retardando además la tramitación de las causas, innecesariamente.
- ❖ En lo que se refiere al procedimiento de mediación y los conceptos contenidos, en general las disposiciones son adecuadas, salvo en los siguientes artículos: El **artículo 103**, referido a la inscripción de los mediadores, debiera contemplarse la posibilidad de apelar a una instancia superior, en caso de rechazo; **artículo 104**, referido a la cancelación de las inscripciones, se hace necesario, incluir la posibilidad de que el afectado, pueda reclamar a través de un recurso de reposición y apelación.

#### 1.5.-Legislatura 349, Cámara de Diputados, sesión 5º, 13 junio 2.003:

En ésta sesión se llevo a cabo el primer trámite constitucional, del proyecto que crea los tribunales de familia. Asistieron los ministros de Justicia, señor Luis Bates, ministro de la Secretaría de la Presidencia, señor Francisco Huenchumilla y la directora del SERNAM, señora Cecilia Pérez.

Luego de escuchar las intervenciones de los representantes del gobierno, la Cámara analizó en general el proyecto con las modificaciones establecidas por las Comisiones Unidas De Constitución Legislación y Justicia y De Familia.

En la materia que nos compete, cabe mencionar la intervención de la **diputada Maria Antonieta Saa**, en relación a la procedencia de la mediación en los asuntos sobre violencia intrafamiliar, la que generó un extenso debate, expuesto en el tratamiento definitivo de la mediación en la ley.

Luego de la discusión, la Cámara aprobó el proyecto con las modificaciones establecidas por la Comisiones Unidas de Constitución Legislación y Justicia, y de Familia, con dicho texto paso al Senado con fecha 13 junio 2003<sup>182</sup>.

## 2.-Segundo trámite legislativo:

Se inicia la tramitación en el Senado con fecha 18 de junio de 2.003. En la Cámara Alta se verificaron los siguientes trámites:

### 2.1.- La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento informó el proyecto, con fecha 9 julio 2.003:

La **Comisión**, escuchó al ministro Luis Bates, al Colegio de Asistentes Sociales, la Sociedad de Psiquiatría y Neurología de la Infancia y Adolescencia, la Ministra Directora del SERNAM Cecilia Pérez

Cabe destacar las intervención del **senador Chadwick**, respecto a la materia de nuestro estudio, puesto que hizo presente: “Observó discrepancias entre el sistema de mediación que se incorpora en este proyecto, y el que aprobó la Comisión a propósito del proyecto que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N°1759-18), conforme al cual los asuntos que pueden ser objeto de mediación son mayores, y es más flexible la regulación de las personas que pueden actuar como mediadores, puesto que, incluso, es posible que las acuerden las partes. En cambio, este proyecto señala las materias que pueden ser de

---

<sup>182</sup> **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Legislatura 349ª, sesión 5º, 13 junio de 2.003. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

mediación obligatoria, facultativa o prohibida, encontrándose precisamente en este último caso las causas sobre nulidad de matrimonio y divorcio”.

A lo que el **Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, señor Maldonado**, respondió, que durante el Segundo Informe que se elabore deberán armonizarse plenamente algunos aspectos, con un acercamiento mayor a los criterios acordados por esta Comisión, respecto del proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil.

La **Comisión** dejó constancia de que su **aprobación en general**, sobre este proyecto de ley, responde a la finalidad de que la Sala del Senado se pronuncie en forma coetánea sobre él y sobre el proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil, con la prevención de que el análisis detallado de sus normas se hará en la discusión en particular, al conocer las indicaciones que se presenten.<sup>183</sup>

#### 2.2.-Legislatura 349ª, Senado, sesión 12ª, 15 de julio de 2003:

En esta sesión sólo se realizó por el secretario de la Cámara, la relación del proyecto, señalando sus objetivos, trámites anteriores, quedando pendiente su discusión general<sup>184</sup>.

#### 2.3.-Legislatura 349ª, Senado, sesión 27ª y 28ª, 26 de agosto de 2003:

En estas sesiones se llevo a cabo, la discusión general del proyecto de ley, con informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

---

<sup>183</sup> **PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO**, 9 julio 2003.Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

<sup>184</sup> **ACTAS SENADO**, Legislatura 349ª, sesión 12ª, 15 julio 2003.Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

En lo general, los senadores prestaron su apoyo a la iniciativa de legislar sobre esta materia, sin embargo surgieron ciertas dudas, en relación a la mediación como: la necesidad de determinar exhaustivamente cuándo es obligatoria, cuándo es facultativa y cuándo está prohibida; su procedencia en violencia intrafamiliar; la prohibición de la mediación en situaciones de nulidad y de divorcio; el Sistema Nacional de Mediación, entre otros tópicos.

Cabe destacar la intervención del senador **Chadwick**, quien reiteró lo expresado en la **Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento**.

Respecto al proyecto, el **Presidente de la República** hizo presente una urgencia con el carácter de “simple”. En definitiva la Cámara tuvo presente la urgencia, y aprobó el proyecto en general, con la salvedad que las materias sobre las cuales se presentó controversia, serán analizadas por la **Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento**, en la discusión particular.<sup>185</sup>

#### 2.4.-Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de 13 de julio de 2.004.

En esta etapa de la tramitación del proyecto, el Presidente de la República presentó una urgencia, con carácter de “Suma”, para su pronto despacho.

Cabe destacar que este informe es trascendental, en cuanto al contenido final del proyecto, es por ello que nos extenderemos un poco en este punto, sobre todo en la discusión particular del **Título V denominado “De la Mediación”**.

La **Comisión, discutió en particular el proyecto**, analizando artículo por artículo. Concurrieron a estas sesiones junto con los senadores respectivos, algunos diputados, representantes y asesores del gobierno, representantes de asociaciones tanto de magistrados, funcionarios del Poder Judicial,

---

<sup>185</sup> **ACTAS SENADO**, Legislatura 349ª, sesión 27ª y 28ª, 26 de agosto de 2003. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

asistentes sociales del Poder Judicial, representantes del Colegio de Psicólogos y del Colegio de Mediadores, entre otros invitados; siendo trascendentales sus intervenciones, dado el carácter técnico de algunas materias.<sup>186</sup>

Luego de analizar el proyecto, surgieron ciertas dudas en la regulación de algunas materias. La **Comisión** coincidió en que dada la publicación reciente de la nueva **Ley de Matrimonio Civil**, que establece las bases de un sistema de mediación en asuntos de familia, no parecía razonable que coexistieran dos criterios diferentes, sobre todo si ambas iniciativas legales permiten que, planteado un conflicto de familia, cualquiera de las partes pueda someter otras materias al conocimiento del mismo tribunal, de manera que se resuelvan en una sola sentencia<sup>187</sup>.

Además, consideró que siguiendo el criterio ya desarrollado en la **Ley de Matrimonio Civil**, la mediación debía ser una instancia absolutamente voluntaria, sin perjuicio de que el mismo tribunal comunique a las partes, la existencia de esta vía alternativa de solución del conflicto familiar, pero en ningún caso puede reemplazar o postergar la vía jurisdiccional, si no concurre la voluntad de las partes.

Por otra parte, opinó que el Sistema de Administración que se plantea es excesivamente burocrático, y que la mayor parte de las normas de este Título deben ubicarse en el reglamento respectivo y no en la ley, por no ser propias del dominio legal, como por razones de flexibilidad.

Por tanto la **Comisión** estimó que era necesario replantear completamente el **Título V**<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> En el ámbito regional destaca la participación de las mediadoras de las Corporaciones de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, abogada coordinadora señora **Marcela Fernández**, abogada mediadora señora **Paulina Gómez** y asistente social, señora **Pamela Espinosa**.

<sup>187</sup> **SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO**, 13 julio 2004. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

<sup>188</sup> Cabe recordar, que el **título V en el proyecto despachado por la Cámara de Diputados**, constaba de ocho Párrafos y 55 artículos que regulan detalladamente: en qué consiste la mediación, cuándo procede, quiénes pueden efectuarla y cómo la llevan a cabo. Considera también la forma de administrar el sistema y de controlar su correcto funcionamiento, lo que se traduce en la existencia de un Registro de Mediadores y en la creación de un Departamento de Mediación en el Ministerio de Justicia.

Adoptada esa línea normativa, la Comisión revisó el articulado, a fin de pronunciarse sobre las indicaciones realizadas, y determinar las disposiciones que se recogerán en la nueva formulación del Título.

**Párrafo primero, (artículos 76 a 78.):**

El **artículo 76** establece: “Para todos los efectos legales, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución a su conflicto”.

Respecto a la discusión de este artículo, el ejecutivo presentó la **indicación Nº 126**, que lo sustituye por el siguiente:” Mediación. Para todos los efectos legales, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos no adversarial, en el que un tercero imparcial sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución a su conflicto mediante acuerdos.”

En principio, esta indicación fue aprobada por unanimidad. Sin embargo, la **Comisión** posteriormente estimó necesario diferenciar esta actividad profesional de aquella intermediación que pueden desarrollar personas de buena voluntad entre las partes en conflicto, a petición de éstas, como acepta la Ley de Matrimonio Civil; y que podría significar que alcancen avenimientos en las materias en que sea procedente de acuerdo a la ley. Tales personas no tendrán que cumplir los requisitos de los mediadores, porque dan lugar a una relación privada, independiente de los tribunales y de la situación procesal de las partes.

Además, la **Comisión**, consideró superfluo el calificativo de “no adversarial”, y estimó conveniente agregar que también se busca solucionar los efectos de tal conflicto. Esos acuerdos fueron adoptados por unanimidad, dando lugar al **actual artículo 103**.

El **artículo 77** regula en general, a los prestadores del servicio de mediación, y **el artículo 78** señala las atribuciones del Departamento de Mediación del Ministerio de Justicia. Ambos fueron suprimidos.

Párrafo segundo, “Del procedimiento de mediación”, (artículos 79 a 98.):

- ❖ Los artículos 79, 80, 81, 82, 83 fijan los principios que deben orientar la mediación: Igualdad, Voluntariedad, Confidencialidad e Imparcialidad, respectivamente.

Respecto al artículo 82 que consagraba, el principio de confidencialidad, el Ejecutivo presentó la **indicación N°131, 132** en orden a sustituir el artículo e incorporar el artículo 82 bis<sup>189</sup>.

La **Comisión** tuvo dudas acerca del alcance de la confidencialidad que regula el artículo 82, a la luz de las indicaciones del Ejecutivo, lo que generó debate, que recogemos más adelante, al tratar este principio en el texto definitivo.

En suma, la **Comisión**, acordó reforzar la confidencialidad, declarando como uno de los principios de la mediación, que el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal. Así se contempla en el **actual artículo 107**.

Respecto al principio de imparcialidad, (artículo 83), el Ejecutivo presentó la **indicación N° 133**, la cual fue rechazada, pues la **Comisión**, en la línea de simplificación de la normativa, concluyó que esta norma es superflua, frente al mandato contemplado en la definición de mediación, de que el mediador ha de ser imparcial.

---

<sup>189</sup> **Contenido indicación n°131, 132:**“Artículo 82.- Confidencialidad. Los mediadores deberán guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante la mediación. El mediador que violare la confidencialidad de lo expresado por los participantes, será sancionado con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal. Con todo, quedarán exentos del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tomen conocimiento de situaciones de maltrato en contra de niños, niñas o adolescentes durante el desarrollo de la mediación.

*Artículo 82 bis.- Exclusión de antecedentes de la mediación en el juicio. Frustrada la mediación, durante el juicio no podrán ser invocadas en las alegaciones ni incorporadas como medio de prueba ninguna de las expresiones vertidas o antecedentes surgidos en la mediación”.*

❖ El artículo 84, consagra la consideración de los intereses de otras personas afectadas. Prescribe que “El mediador deberá velar porque en el curso de la mediación se tomen en consideración los intereses de otras personas que pudieren verse afectadas por su resultado y que no hubieren sido citadas a la audiencia

En caso necesario, deberá suspender la sesión para continuarla en otra fecha, con la presencia de tales interesados, quienes serán citados con las mismas formalidades que los involucrados en la mediación. En todo caso, el procedimiento de mediación nunca podrá exceder el plazo máximo establecido en el artículo 96”.

El Ejecutivo presentó la **indicación N° 134**, eliminando del primer inciso, para reemplazarlo por el segundo, que introducía el deber de escuchar a los niños, niñas y adolescentes.

La **Comisión** estuvo en desacuerdo con la regla del inciso primero, por estimar que es muy vaga y puede perturbar el normal desenvolvimiento de la mediación. Es posible que se trate de parientes que no se justifica que intervengan, salvo casos excepcionales, como, por ejemplo, que tengan el cuidado personal de los hijos y la mediación recaiga sobre este tema. Por tanto rechazó la indicación.

Las indicaciones N°s 135 y 136, de los **senadores Gazmuri, Núñez y Viera-Gallo y del senador señor Gazmuri**, respectivamente, agregan un artículo nuevo que recoge la idea contenida en el inciso segundo propuesto por la indicación N°134, en orden a que los mediadores deberán escuchar a los menores de edad que, atendida su edad y madurez, estén en condiciones de formarse un juicio propio sobre las materias que los afecte. Éstas se aprobaron con modificaciones, quedando contempladas como **inciso segundo del nuevo artículo 106**.

Los principios de la mediación en definitiva quedaron en el **artículo 106** del texto definitivo.

❖ Los **artículos 85, 86 y 87** regulan los casos de **mediación obligatoria, facultativa y prohibida**.

El **artículo 85** regulaba la **mediación obligatoria**, que señalaba: “Las causas relativas al derecho de alimentos, al derecho de cuidado personal y al derecho y el deber de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la presentación de la demanda, el que se regirá por las normas de la presente ley y especialmente por lo dispuesto en este Título”.

El **artículo 86** establecía la **mediación facultativa**, expresando que: “Las restantes materias de competencia de los tribunales de familia, exceptuadas las señaladas en el artículo siguiente, podrán ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa, hasta antes de la audiencia complementaria mediante resolución que pronunciará el juez, con acuerdo de las partes.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N° 19.325, sobre violencia intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidas en los artículos 71 y siguientes de la presente ley”.

El **artículo 87** daba reglas sobre la **mediación prohibida**, indicando que no se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil o interdicción de las personas, las causas sobre maltrato de menores o incapaces, los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción de menores de edad y las causas sobre nulidad de matrimonio y divorcio.

Los **artículos 85, 86 y 87**, recibieron muchas indicaciones. En definitiva, la **Comisión** acordó regular estas materias en un solo artículo, que pasa a ser 104 del texto que se propone, en el cual se elimina la mediación obligatoria o previa; se condiciona la mediación en los asuntos relacionados con los actos de violencia intrafamiliar al hecho de que se efectúe en el contexto de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia y se prohíbe mediar 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. Así se regula en el **actual artículo 104**.

❖ El **artículo 88 establece que los mediadores estarán afectos a las siguientes prohibiciones:** 1) Mediar cuando sea parte en el procedimiento su cónyuge, conviviente, hijos o parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral o pupilo; 2) Mediar cuando hubieren prestado algún servicio profesional a cualquiera de las partes involucradas durante los cinco años anteriores al proceso de mediación; 3) Prestar servicios profesionales a las partes involucradas en los casos en que estuviere mediando y hasta un plazo de un año después de finalizado el proceso de mediación; 4) Celebrar actos o contratos que recaigan sobre bienes o derechos concernidos en alguno de los procesos de mediación en que hubieren participado. La misma prohibición recaerá sobre su cónyuge, conviviente, hijos, descendientes o ascendientes consanguíneos o afines, parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive y socios.

La **Comisión** optó por establecer en forma absoluta la prohibición de que el mediador haya prestado servicios profesionales a los involucrados en la mediación y considerarla, junto con la primera de las que señala este artículo, como los casos en los cuales debe revocarse la designación que haya efectuado el tribunal y procederse a un nuevo nombramiento. Así se contempla en el **inciso quinto del artículo 105**.

❖ El **artículo 89** disponía la **derivación a mediación**, para lo cual expresa que “En los casos del artículo 85, un funcionario especialmente calificado, determinado a estos efectos por el tribunal respectivo, instruirá convenientemente a los interesados acerca de la mediación, del carácter previo de dicho procedimiento y de la obligación de concurrir a la primera sesión que sean citados por el mediador.

Para estos efectos, el interesado deberá concurrir al tribunal competente y anunciar su acción por medio de un formulario destinado a ese efecto.

Con todo, los interesados quedarán exentos del cumplimiento de este trámite si acreditan que antes del inicio de la causa sometieron el conflicto a una mediación ante mediadores habilitados en conformidad a la ley”.

Respecto de este artículo, el Ejecutivo presentó una indicación N<sup>o</sup> 158, en orden a suprimir dicho artículo, la cual fue acogida. La **Comisión** estuvo de acuerdo que, cuando se interponga una acción judicial susceptible de mediación, un funcionario del tribunal especialmente calificado instruya al actor sobre la posibilidad de concurrir a ella. Así se contempla en el **actual inciso segundo del artículo 105**.

❖ El **artículo 91 regulaba la comunicación al mediador designado**. La **Comisión** suprimió el artículo, atendidas las modificaciones anteriores.

❖ El **artículo 92**, daba normas sobre la **citación a la sesión inicial de mediación**, para lo cual indicaba que: “Recibida la comunicación de que trata el artículo anterior, el mediador designado fijará una sesión inicial de mediación.

A ésta se citará a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados.

En todo caso, el mediador deberá escuchar a los menores de edad que estén en condiciones de formarse un juicio propio atendida su edad y madurez, sobre todo aquello que los afecte”.

La **Comisión** recogió las ideas contenidas en los dos primeros incisos eliminó el tercero, configurándose el **actual artículo 107**.

❖ El artículo 94 disponía la inasistencia de las partes como causal de la frustración de la mediación, en la siguiente forma: “Si alguna de las partes, citada por dos veces no concurriere ni justificare causa, se tendrá por frustrada la mediación”.

Este artículo recibió las **indicaciones N<sup>os</sup>. 170, de los Senadores Gazmuri, Núñez y Viera-Gallo y 171, del Senador Gazmuri**, en orden a incorporar un inciso segundo, conforme al cual el mediador deberá levantar un acta, dejando constancia de las inasistencias, sin agregar otros antecedentes.

La **Comisión**, acogió estas iniciativas con modificaciones, y consideró conveniente regular en términos más comprensivos, la forma en que se dejará constancia del término de la mediación y los casos en que ésta se frustra. Así quedaron los **actuales incisos terceros y cuarto del artículo 109**.

❖ El artículo 95, se refería al contenido de la primera sesión de mediación, estableciendo que: “En la primera sesión, el mediador deberá informar a las partes acerca de la naturaleza y objetivos de la mediación, el carácter voluntario de los acuerdos que de ella deriven en conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la presente ley y, finalmente, deberá ilustrarlas acerca del valor jurídico de dichos acuerdos”.

El Ejecutivo formuló la **indicación N<sup>o</sup> 172**, que lo sustituye por el siguiente: “Contenido de la primera sesión de mediación. En la primera sesión, el mediador deberá informar 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.”.

La **Comisión** estuvo de acuerdo con la indicación del Ejecutivo, pero manifestando en su inicio que “La primera sesión comenzará con la información...”, de modo de no restringir su contenido únicamente a informar a los participantes. Esas reglas quedaron contenidas en el **inciso final del actual artículo 107**.

❖ El **artículo 96** contemplaba la duración máxima del procedimiento de mediación. El Ejecutivo presentó la **indicación N° 177**, sustituyéndolo por el siguiente: “Duración del procedimiento de mediación. El procedimiento de mediación no podrá durar más de sesenta días contados desde que se haya realizado la primera sesión de mediación.

Con todo, los involucrados, de común acuerdo, podrán prorrogar este plazo hasta por treinta días. Tal circunstancia será informada de inmediato al juzgado, mediante comunicación escrita y firmada por los participantes y el mediador.

Durante los plazos señalados, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador estime necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen, pudiendo reunirse con los participantes por separado.”

Esta indicación se acogió con modificaciones, y pasó a ser el **actual artículo 108**.

❖ El **artículo 97**, recogía la mediación fracasada, señalando que: “Si la mediación fracasare, ya sea porque alguno de los participantes decide retirarse de ella, o porque transcurrido el plazo o su prórroga, no hubieren alcanzado acuerdo respecto de todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, el mediador deberá levantar un acta, dejando constancia del resultado, pero sin agregar otros antecedentes. En lo posible, dicha acta será firmada por los participantes, se entregará copia de ella a aquel que lo solicite y se remitirá al tribunal correspondiente”.

La **Comisión** suprimió este artículo, pues estimó conveniente agregar los efectos que producirá la **frustración de la mediación**, teniendo presente que se ha dispuesto, en el **inciso penúltimo del artículo 105** que se propone la suspensión del procedimiento por la designación del mediador. Por ello, coincidió en expresar que, al remitirse el acta respectiva al tribunal, terminará la suspensión del procedimiento judicial. El contenido del artículo se recoge en el **inciso tercero del artículo 109**.

❖ El artículo 98, relativo al acta de mediación, señalaba que: “En caso de haber acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador. Se remitirá de inmediato copia de dicha acta al tribunal, el que procederá a su aprobación, en cuanto fuere conforme a derecho. El acta de mediación y la resolución que la tenga por aprobada, se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales”.

El Ejecutivo presentó la **indicación Nº 186**, sustituyéndolo por el siguiente: “Acta de mediación. En caso de haber acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se levantará un acta la que luego de ser leída y firmada por los participantes y el mediador, se remitirá de inmediato al juzgado, el que procederá a su aprobación, en todo cuanto fuere conforme a derecho.

El acta de mediación y la resolución que la tenga por aprobada, se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.”.

Se aprobó esta indicación con modificaciones, constituyéndose el actual artículo 109.

**Párrafo tercero,” De la administración del Sistema Nacional de Mediación (Artículos 99,100):**

Este párrafo, encomienda al Departamento de Mediación del Ministerio de Justicia, la administración del Sistema Nacional de Mediación anexo a los juzgados de familia. Se eliminó este párrafo por haberse desechado la creación de este Departamento.

**Párrafo cuarto,” Del Registro de Mediadores de Familia y los requisitos para ser mediador habilitado” (artículos 101a 1004):**

❖ El artículo 101 establecía los requisitos para ser inscrito en el Registro de Mediadores y el artículo 102 contemplaba las inhabilidades para inscribirse.

La **Comisión** acogió las **indicaciones N<sup>os</sup>. 208 y 209**, de no exigir determinadamente, para ser un mediador inscrito en el Registro de Mediadores, “un título profesional en el área de las ciencias humanas y sociales”, sino que “un título profesional idóneo”, pero cuya determinación quedará entregada al reglamento. Adicionalmente, el reglamento podrá considerar requisitos complementarios de especialización en mediación familiar.

En definitiva, estas materias se regularon en el **actual artículo 111**, donde se exige como requisitos para ser mediador inscrito en el Registro de Mediadores, poseer un título profesional idóneo de una institución de educación superior del Estado o reconocida por el Estado, determinado en el reglamento, y no haber sido condenado u objeto de una formalización de investigación criminal, en su caso, 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. Se agrega que el reglamento podrá considerar requisitos complementarios de especialización en mediación familiar.

❖ El **artículo 103** se refería a la **inscripción de los mediadores en el Registro**, estableciendo que el jefe del departamento de mediación dispondrá de la inscripción de los mediadores. En concordancia, a la supresión de los artículos 99 y 100, la **Comisión** suprimió este artículo.

❖ El **artículo 104** mencionaba los **casos en que procederá la cancelación de la inscripción**, suprimiéndose por la **Comisión**, por ser esta materia propia del reglamento.

**Párrafo quinto,” De los organismos de formación de mediadores y los programas de formación” (artículos 105 a 108):** Concordando con las eliminaciones anteriores, este párrafo fue completamente eliminado.

Párrafo sexto,” De la licitación de los servicios de mediación” (artículos 109 a 116):

La **Comisión** aceptó la procedencia de las licitaciones, e incluso de la contratación directa por parte del Ministerio de Justicia, para proporcionar acceso a los servicios de mediación, a aquellas personas que cuenten con un informe favorable de los organismos que prestan asesoría jurídica gratuita, partiendo del supuesto de que en principio, tales servicios son de costa de las partes.

Así, quedo recogido en el **actual artículo 113**, el cual establece que los servicios de mediación serán de costa de las partes, y tendrán como valores máximos los que contemple el arancel que determinará el Ministerio de Justicia.

En seguida, se advierte que quienes cuenten con un informe favorable de las Corporaciones de Asistencia Judicial o alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica gratuita, podrán optar por recibir la atención sin costo. Para ello, el Ministerio de Justicia velará por la existencia de una adecuada oferta de mediadores en las diversas jurisdicciones de los tribunales con competencia en asuntos de familia, pudiendo contratar, mediante licitación pública, servicios de mediación con personas jurídicas o naturales, para ser ejecutados por quienes se encuentren inscritos en el Registro de Mediadores. Las licitaciones se harán a nivel regional y, si son declaradas desiertas o el número de postulantes aceptados es inferior al requerido para cubrir las necesidades de atención, el Ministerio podrá celebrar convenios directos con mediadores inscritos en el Registro o personas jurídicas que cuenten con ellos, por un plazo que no podrá exceder de seis meses y que se sujetarán a las mismas reglas aplicables a los contratados en virtud de los procesos de licitación.

Párrafo séptimo,” Del pago y garantía de los servicios de mediación” (artículos 117 a 121): Este párrafo fue completamente eliminado, atendidas las modificaciones anteriores.

Párrafo octavo,” Control, reclamos y sanciones” (artículos 122 a 131):

La **Comisión** rechazó la idea de crear un control administrativo sobre la actuación de los mediadores y la aplicación de las consiguientes sanciones, estimando que en esta materia, es más apropiada la intervención de la respectiva Corte de Apelaciones, al conocer las solicitudes que se le presenten, sea por los interesados, por alguno de los jueces ante los cuales actúa el mediador, o por la Secretaría Regional Ministerial de Justicia.

Así paso a ser el **actual artículo 112**.

2.4.-Informe de la Comisión de Hacienda, 19 julio 2004:

La **Comisión** informó de conformidad con sus competencias, respecto de los **artículos 4, 115, 116, 117, 120, (numerales 1, 8, 9 y 12), 128, 129, 130, 132 y 133**, además de las siguientes **normas transitorias: artículos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo del proyecto**, en los términos en que fueron aprobados por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, como reglamentariamente corresponde. Cabe hacer presente que los artículos discutidos e informados por esta Comisión, no corresponden a la materia objeto de nuestro estudio (mediación).

2.5.-Legislatura 351ª, Senado, sesión 15ª, 21 de julio de 2004:

La **Cámara Alta** discutió el proyecto de ley con el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, e informe de la Comisión de Hacienda. Cabe tener presente que el proyecto

se aprobó sin debate, con lo cual queda despachado el proyecto en este trámite.<sup>190</sup>

**3.-Tercer trámite legislativo: Cámara de Diputados, legislatura 351ª, sesión 21ª, 3 de agosto de 2004:**

De acuerdo al **artículo 68** de la **Constitución Política**, corresponde al proyecto volver a la Cámara de Origen, para aprobar o rechazar las enmiendas introducidas por la Cámara Revisora, en este caso el Senado, que como ya señalamos en esa etapa se produjeron importantes modificaciones.

Respecto de las cuales, y a modo de síntesis, el ministro de Justicia señor **Bates**, señaló: “El proyecto ha sido enriquecido con el debate parlamentario que ha precedido a esta instancia, el último de los cuales se llevó a cabo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que perfeccionó el procedimiento, hizo ajustes al sistema de mediación, aumentó el número de jueces dedicados a estas instancias y reforzó los juzgados de letras que seguirán conociendo de materias de familia”, y agrega respecto a la mediación: “Señalaré las normas contenidas en el proyecto que, en mi opinión, ofrecen particular interés y, sobre todo novedad: me refiero a la Justicia de los Acuerdos, a la protección de los niños y adolescentes, al acceso a la justicia y la promoción de valores, todos componentes integrantes de la política de justicia del actual Gobierno.

La Justicia de los Acuerdos o soluciones cooperativas, es un tema transversal a los distintos ámbitos de la justicia, llámese laboral, de responsabilidad penal juvenil, penal, comercial, familiar, de conflictos vecinales, al interior de los establecimientos educacionales, etcétera.

---

<sup>190</sup> **ACTAS SENADO**, Legislatura 351ª, sesión 15, 21 julio de 2004. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

En los conflictos familiares, la justicia de los acuerdos resulta particularmente conveniente, entre otras razones, porque los involucrados deben seguir relacionándose a la largo del tiempo. Además del Título V del proyecto, “De la Mediación”, que cuenta con disposiciones muy completas, la iniciativa comprende normas que apuntan en la misma dirección de solución amistosa, mediada o conciliada de conflictos.

En primer lugar, la mediación será gratuita para todos aquellos que no cuenten con recursos, lo que perfectamente puede alcanzar a los sectores medios que también sufren el problema del acceso a la justicia.

En segundo lugar, la atención de estos usuarios se verificará a través de mediadores licitados privados, para lo cual se dispone de 3 mil millones de pesos anuales para dar satisfacción a las necesidades de las personas que carecen de recursos.

En tercer lugar, si bien es cierto que la derivación a mediación no es obligatoria, el artículo 105 obliga al tribunal a informar –es una de las novedades legislativas– sobre este mecanismo. En todo caso, aún en la hipótesis de derivación obligatoria, el principio de la voluntariedad es fundamental para el éxito de la mediación”<sup>191</sup>.

Luego de las intervenciones de algunos diputados, se procedió a la votación, siendo aprobado el proyecto, salvo las **letras g) y h) del artículo 4º**, que debieron tratarse en **Comisión Mixta**.

#### **4.-Informe de la Comisión Mixta:**

La **Comisión Mixta**, propuso la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas ramas del Congreso Nacional, durante la tramitación de este proyecto.

---

<sup>191</sup> **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Legislatura 351ª, sesión 21º, 3 de agosto de 2004. Historia fidedigna de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En: <http://www.bcn.cl/>.

Las **letras h) y g) del artículo 4º**, disponen la creación de los nuevos juzgados de familia, con asiento en cada una de las comunas del territorio de la república que menciona, con el número de jueces y con la competencia que en cada caso se señala. La letra **g)** juzgados de familia que se indican en la Séptima Región, del Maule y la letra **h)** Crea juzgados de familia en la Octava Región, del Bío-Bío.

La **Comisión Mixta**, luego de escuchar al señor **Ministro de Justicia**, acordó dejar constancia del compromiso del Ejecutivo en el sentido de que, en cuanto existan los recursos necesarios, se propondrá la creación de juzgados de familia en aquellas comunas o agrupaciones de comunas cuya carga de trabajo así lo requiera.

Asimismo, la **Comisión Mixta** analizó los **artículos 60 y 61** del proyecto, en cuanto a la comparecencia del demandado a la audiencia preparatoria, en el caso que tuviere su domicilio en un territorio jurisdiccional distinto de aquel en que se presentó la demanda.

En virtud de los acuerdos descritos, como forma y modo de resolver las discrepancias surgidas entre ambas Cámaras a raíz de la discusión de esta iniciativa, la **Comisión Mixta** propuso:

- a) Aprobar las letras g) y h) del artículo 4º propuesto por el Senado;
- b) Agregar en el artículo 60 aprobado por el Senado, el siguiente inciso tercero, nuevo: “Del mismo modo, el demandado que tuviere su domicilio en un territorio jurisdiccional distinto de aquél en que se presentó la demanda, podrá contestarla y demandar reconventionalmente ante el juez con competencia en materias de familia de su domicilio, sin perjuicio de la designación de un representante para que comparezca en su nombre en las audiencias respectivas,” y
- c) En el primer párrafo del Nº 2) del artículo 61 propuesto por el Senado, reemplazar el punto final por una coma (,) y agregar la siguiente frase: “salvo lo dispuesto en el inciso tercero del artículo anterior.”

5.- Legislatura 351ª, Cámara de diputados, sesión 23ª, 4 de agosto de 2004:

La Cámara de Diputados, aprobó las proposiciones de la **Comisión Mixta**, con lo que se tiene por despachado el proyecto de ley.

6.- Legislatura 351ª, senado, sesión 18ª, 4 de agosto de 2004:

El Senado, aprobó las proposiciones de la **Comisión Mixta**, con lo que se tiene por despachado el proyecto de ley.

7.- Mediante Oficio N° 5077, del 4 de agosto de 2004:

Se remitió al **Tribunal Constitucional** el texto del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, en atención a que diversos artículos del proyecto contienen normas de carácter orgánico constitucional

8.- Mediante Oficio N° 2110, del 17 de agosto de 2004:

El **Tribunal Constitucional**, remitió la sentencia recaída en la materia, en la cual declara que el proyecto de ley en cuestión, es constitucional, con excepción de la siguiente frase “dentro del plazo de diez días desde que reciba las ternas respectivas”, norma contenida en el **número 4) del inciso segundo del artículo sexto transitorio** la que ha sido excluida del texto.

9.- Promulgación de la ley mediante Oficio N° 5100, del 17 de agosto de 2004:

Habiéndose dado cumplimiento al control de constitucionalidad establecido en el **artículo 82, N° 1, de la Constitución Política de la**

**República**, se remite el proyecto de ley al Presidente de la República para su promulgación.

Finalmente, luego de casi seis años de tramitación, el **Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia, Ley N° 19.968** fue promulgado el 25 de agosto de 2.004, publicado en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2.004, fijándose su **entrada en vigencia para el 1 de octubre de 2.005**.

A modo de conclusión la entrada en vigencia de la ley, implicará las siguientes modificaciones a la Jurisdicción Nacional:

- ❖ Funcionarán 60 tribunales especializados, que se sumarán a 82 juzgados de letras de competencia común; por lo cual serán 258 jueces, que casi triplican los 97 magistrados actuales (entre los cuales sólo 50 corresponden a jueces de menores).
- ❖ Estos tribunales serán apoyados por 263 profesionales especializados (sicólogos y asistentes sociales), que actuarán a través del Consejo Técnico, que introduce la intervención de especialistas en materia de familia; más 60 administradores establecidos en forma similar a la justicia criminal reformada.
- ❖ Lo anterior, implementa una estructura administrativa acorde con los principios de moderna gestión y administración.
- ❖ Procedimientos más desformalizados y breves.
- ❖ Intervención más activa del juez en los asuntos de su competencia, a través de la potenciación del principio de la inmediatez.

Respecto a la **competencia de esta Judicatura**, le corresponderá conocer y resolver las siguientes materias:

- ❖ Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niñas, niños o adolescentes;
- ❖ Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;

- ❖ Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2º y 3º del Título X del Libro I del Código Civil;
- ❖ Las causas relativas al derecho de alimentos;
- ❖ Los disensos para contraer matrimonio;
- ❖ Las guardas, con excepción de los asuntos que digan relación con la curaduría de la herencia yacente y sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil;
- ❖ La vida futura del niño, niña o adolescentes, en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil.
- ❖ Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;
- ❖ Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas, incluyendo la citación a confesar paternidad o maternidad a que se refiere el artículo 188 del Código Civil;
- ❖ Todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley de Menores;
- ❖ La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;
- ❖ Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes del país, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley N° 16.618;
- ❖ Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la Ley N° 19.620;
- ❖ El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la Ley N° 19.620;

- ❖ Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares:
  - a) Separación judicial de bienes;
  - b) Autorización judiciales comprendidas en los Párrafos 1º y 2º del Título VI del Libro I; y en los Párrafos 1º, 3º y 4º del Título XXII y en le Título XXII-A, del Libro IV; todos del Código Civil;
  - c) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos;
- ❖ Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil;
- ❖ Las declaraciones de interdicción;
- ❖ Los actos de violencia intrafamiliar;
- ❖ Toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia. Por ejemplo las causas relativas a entrega inmediata de menores en el marco del Convenio de La Haya relativo al secuestro internacional de menores.

### C) Las fuentes formales del Derecho de Familia en nuestro país: la expresión de la reforma:

Entendemos por **Derecho de Familia**, “*aquella parte del Derecho Civil que regula las situaciones y vínculos jurídicos inherentes al matrimonio, a la filiación, al parentesco, a la comunidad de sangre, a la unión sexual, a la convivencia de hecho entre hombre y mujer, y en general a las relaciones jurídicas derivadas de la familia legalmente constituida o de hecho*”<sup>192</sup>.

Una de las ramas del Derecho Chileno que mayores modificaciones ha experimentado en las últimas décadas, es precisamente el Derecho de Familia, en primer lugar las normas relativas a los regímenes patrimoniales

---

<sup>192</sup> QUINTANILLA Álvaro, *Apuntes de clase, Derecho Civil III*.

matrimoniales, sobre la filiación, luego las normas sobre las relaciones de familia sea entre padres e hijos como entre cónyuges, y finalmente las normas relativas a la disolución del matrimonio. Todas las normas antes señaladas corresponden al aspecto sustantivo del Derecho de Familia, expresión de las nuevas perspectivas vigentes en nuestro país producto de los cambios sociales así como también de los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

Todas estas reformas legales, requerían una transformación complementaria en el área de la jurisdicción, y en dicho contexto se enmarca la dictación de la **Ley Nº19.968 que crea los Tribunales de Familia**.

Para comenzar la nómina de las fuentes formales de nuestro Derecho, nos remitiremos al **Código Civil**, reformado producto de lo anteriormente expuesto en numerosas oportunidades y complementado por sus leyes especiales.

Una de las tendencias en el Derecho Comparado, es la dictación de los Códigos de Familia, trasladando las normas del Derecho de Familia de los Códigos de Derecho Privado, dada las características propias de esta rama del Derecho. Sin embargo en nuestro país, la principal fuente es el **Código Civil**, inspirado en los principios del **siglo XIX** (vigente desde **1.857**), época en que los legisladores preferían regular todas las relaciones atinentes al sujeto, en un solo cuerpo legal, por ejemplo: nacimiento, muerte, matrimonio, contratos, etc.

Sin embargo podemos concluir, que la familia, es una institución que atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico positivo, sea civil, penal, o constitucional.

En el **Código Civil**, no existe un libro dedicado especialmente a la Familia en forma sistemática y amplia, encontrándose dispersas las normas relativas, en sus diferentes libros, por ejemplo en el **Libro I**, “De las personas”, en el **Libro IV** a propósito de las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal, etc.

Existen numerosas leyes especiales, promulgadas con posterioridad a la dictación del **Código Civil**, y que acorde a los tiempos, han sido objeto de modificaciones durante la vigencia de este último. Podemos mencionar la Ley N° 19.968 que crea los **Tribunales de Familia**, Ley N° 19.947 sobre **Matrimonio Civil**, Ley N° 16.618 sobre **Menores con sus modificaciones**, Ley N° 14.908 sobre **Abandono de Familia con sus modificaciones** (relativa a las pensiones alimenticias), Ley N° 19.620 sobre **Adopción**, Ley N° 19.325 sobre **Violencia Intrafamiliar** etc.

Nuestra Carta Fundamental, contiene diferentes normas relativas a la familia, en sus diferentes capítulos, que expresan la relevancia y rol otorgado por el Estado ha dicho núcleo, así como paralelamente el campo de acción de éste respecto a la familia, en conformidad a lo declarado en las normas constitucionales.

En su **Capítulo I**, titulado "**Bases de la Institucionalidad**", en su artículo 1 declara que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y "es deber de Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia y propender al fortalecimiento de ésta".

El **Capítulo III**, sobre los **Derechos y Garantías Individuales**, en su **artículo 19**, encontramos diferentes prescripciones relativas a la familia:

- ❖ el respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (N° 4°).
- ❖ la inviolabilidad del hogar (N° 5°).
- ❖ el derecho del niño a ser educado, preferentemente por sus padres, y en forma subsidiaria, por el Estado. ( N° 10); y
- ❖ el derecho a la honra y a la protección de la vida privada de la familia (N° 21).

Los Tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, al incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico nacional, siguen el procedimiento establecido para la tramitación de las leyes ordinarias, y con tal carácter rigen en nuestro país. Sin embargo, es indiscutible, que los tratados internacionales han sido los protagonistas de la reforma del Derecho de Familia nacional.

Potencia su relevancia, el **artículo 5** de la **Constitución**, el cual fue modificada en **1.989**, estableciéndose en su **inciso segundo**: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Esta norma ha llevado a una parte de la doctrina nacional a sostener el rango constitucional de estos textos (e incluso supraconstitucional) si se refieren a derechos humanos, y en el eventual caso de incompatibilidad entre éstos y las leyes internas o la propia Constitución, prevalecerán los primeros, gozando de aplicación preferente en atención a la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno.

Los tratados relativos al Derecho de Familia más importantes son:

- ❖ **Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y niños de 1.921 de la Sociedad de la Naciones (publicada en el Diario Oficial el 22 de julio de 1.927).**
- ❖ **Convención internacional sobre la trata de mujeres y niños de 1921, de la Sociedad de las Naciones (publicada en el Diario Oficial el 20 de mayo de 1.930).**
- ❖ **Declaración universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948, de la Organización de Naciones Unidas.**
- ❖ **Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADD) de 1948, de la Organización de Estados Americanos.**

- ❖ Convención sobre obtención de alimentos en el extranjero de 1960 (publicado en el Diario Oficial el 23 de enero de 1961).
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989).
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989).
- ❖ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (PSJC) de la Organización de Estados Americanos de 1969 (publicado en el diario Oficial el 5 de enero de 1.991).
- ❖ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDM) de la Organización de Naciones Unidas de 1.979 (publicada en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1.989).
- ❖ Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN) de 1.989 de la Organización de las Naciones Unidas (publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1.990).
- ❖ Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de 1980 (publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994).
- ❖ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de la Organización de los Estados Americanos (publicada en el Diario Oficial en 1.998).
- ❖ Convención de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 (publicado en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1999).

CUARTO CAPÍTULO:  
SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN  
EN LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA.

## I.- SOBRE LA CONCILIACIÓN EN LA LEY Nº 19.968 SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA:

### A) Procedencia:

La Ley que crea los Tribunales de Familia, no contempla un título relativo a la conciliación, a diferencia del tratamiento dado a la mediación que desarrollaremos más adelante.

Se recoge a propósito del procedimiento ordinario. Sin embargo, se plantea la duda sobre su procedencia en los procedimientos especiales. Y finalmente no se prevé en los procedimientos no contenciosos, atendida su naturaleza.

Considerando lo anterior, procederemos a desarrollar la figura en comento.

### 1.- Procedimiento Ordinario:

En primer lugar, señalaremos el ámbito de aplicación del procedimiento ordinario, el cual recae según el **artículo 55 de la Ley**, en todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de Familia y que no tengan señalado otro distinto en ésta u otras

leyes. Por ejemplo los asuntos relativos a alimentos, cuidado personal, el derecho del padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo a mantener con éste una relación directa y regular, etc.

Se exceptúan expresamente los procedimientos especiales contemplados en el **Título IV** y en leyes especiales, como por ejemplo la **Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil** y la **Ley N° 19.620 de Adopción**.

El procedimiento ordinario se contemplan dos audiencias: la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio. En la primera, se establece como uno de sus objetivos, según el **artículo 61 número 5)**, proponer por parte del tribunal la conciliación total o parcial, conforme a las bases que éste proponga a las partes.

Además en la **letra c) del artículo 5º**, señala entre las atribuciones del Consejo Técnico, "*la de aconsejar conciliación entre las partes y sugerir términos en que esta última pudiere llevarse a cabo*".

Por lo tanto la audiencia preparatoria es en la práctica la oportunidad de promover la conciliación.

## 2.- Procedimiento Especiales:

La **Ley N° 19.968** en su **Título IV**, contiene tres párrafos relativos a procedimientos especiales:

### a) *De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.*

En este procedimiento especial, el **artículo 75** establece la obligación del juez, antes de pronunciar sentencia, de procurar que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño,

niña o adolescente. De no existir acuerdo, el juez dictará la sentencia respectiva.

Dicha descripción puede reconducirse a nuestro parecer, en la figura de promoción de una conciliación por el juez.

b) *Procedimientos relativos a la violencia intrafamiliar:*

En la normativa anterior a la Ley en comento, se contemplaba la conciliación en el comparendo de contestación y prueba respectivo, conforme a la **letra f) del artículo 3 de la Ley Nº 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar**. Dicha norma era criticada, pues en la práctica la mayoría de las causas relativas a violencia intrafamiliar terminaban vía conciliación, produciendo su posterior archivo, sin que existiera un pronunciamiento material sobre un hecho que ameritaba un tratamiento integral; además de recaer sobre conductas difícilmente negociables.

En la nueva ley que crea los Tribunales de Familia, el procedimiento relativo a violencia intrafamiliar contempla normas específicas, artículo 81 al 101, por los cuales las áreas no reguladas se regirán por las normas del **Título III** relativo al Procedimiento Ordinario. Dentro de estas áreas de aplicación subsidiaria, se encuentra la audiencia preparatoria que deberá someterse a las normas antes dichas.

Por lo tanto se nos plantea la interrogante si ¿procederá la conciliación – específicamente en la audiencia preparatoria– conforme a las reglas generales que tienen aplicación supletoria?

En la doctrina nacional especializada, no encontramos una posición en uno u otro sentido, solo se hace referencia a lo ya señalado sobre la aplicación supletoria de las normas sobre procedimiento ordinario.

En la historia fidedigna de la ley, no encontramos una respuesta clara a la interrogante que nos hemos planteado, solo la mención que hace la **directora del Servicio Nacional de la Mujer SERNAM, Cecilia Pérez**, quien en su intervención en el tercer trámite constitucional, realizado en la **sesión 21<sup>a</sup> del 3 de Agosto de 2004**, señaló que “En un tema tan sensible como el de la

violencia intrafamiliar, de inaceptable prevalencia en nuestra sociedad, este proyecto contempla un procedimiento especial que garantiza una mejor solución judicial. Por ello, *elimina la conciliación, mecanismo por el cual actualmente se archiva el 92% de las causas vinculadas a violencia intrafamiliar*".

Considerando la argumentación anterior, a nuestro parecer, esta institución no se contemplaría, pues sobre la violencia no hay acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior dejamos planteada la interrogante. Serán los nuevos tribunales quienes despejen la duda.

## **B) Escrituración de la conciliación:**

Si se adoptare un acuerdo por las partes, sobre la totalidad o una parte del conflicto, deberá levantarse un acta.

Si bien los procedimientos de los Tribunales de Familia, se rigen por el principio de la oralidad; la escrituración de la conciliación es una excepción a ésta: "La conciliación que pudiere producirse en las audiencias orales deberá consignarse en extracto, manteniendo fielmente los términos del acuerdo que contengan"(artículo 10 inciso 3).

No se prescriben las formalidades del acuerdo que se obtenga producto de la conciliación, ni el valor del acta en que se contenga el acuerdo total o parcial; a diferencia del tratamiento dado a la conciliación en materia civil.

Por lo tanto, deberán aplicarse en lo no regulado por la Ley N° 19.968, las disposiciones previstas en los artículos 262 al 268 del Código de Procedimiento Civil.

Si no se produce acuerdo, continuará el juicio, procediéndose a la etapa que corresponda.

## II.- SOBRE LA CONCILIACIÓN EN LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL<sup>193</sup>:

### A) Procedencia de la conciliación:

La conciliación se encuentra regulada en el **Capítulo VII** denominado “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”, específicamente en el **artículo 67**.

Dicho artículo contempla esta institución, para los **juicios sobre separación judicial y en los juicios de divorcio**.

Esta norma prescribe: “Solicitada la separación, sea que la demanda se presenta directamente o de conformidad al artículo 29, o el divorcio, el juez deberá llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial, con el propósito de examinar las condiciones que contribuirán a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial”.

En el caso de la separación judicial, la demanda puede presentarse directamente o bien solicitarse en el juicio sobre separación de hecho o por violencia intrafamiliar, que se esté substanciando entre los cónyuges (**artículo 29 en relación con el artículo 23 de la Ley**).

---

<sup>193</sup>En este punto seguiremos a **LÓPEZ Carlos**: (n. 125), pp.234-249 y a **COURT MURASSO EDUARDO**, *Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Editorial Legis Chile S.A., Santiago 2004, p.220.

Cabe hacer presente, la contradicción que presenta la procedencia de la conciliación en los juicios de divorcio o separación judicial, pues al recaer sobre el estado civil de las personas, las reglas generales prescritas en el **Código de Procedimiento Civil (artículos 262 – 268)** excluyen la conciliación en los juicios en que sea inaplicable la transacción, la cual no procede a propósito de derechos irrenunciables, como lo es el Estado Civil (**artículo 2450 del Código Civil**).

Realizando una interpretación armónica, y en virtud del principio de la especialidad por el cual tiene una aplicación preferente el **artículo 67** por sobre las normas del **Código de Procedimiento Civil**, y además concluimos que dicha conciliación se referirá las consecuencias de la declaración de divorcio o de separación, por ejemplo, la liquidación de los bienes, los alimentos, las compensaciones económicas, el cuidado personal etc.; esto en conformidad al **artículo 70** que señala que en caso de no alcanzarse el acuerdo o si éste no fuere completo y suficiente del **artículo 27**, el cual se refiere a las materias antes señaladas y no a la declaración misma.

La **Ley de Matrimonio Civil** expresamente señala que **la conciliación no procederá en los juicios sobre nulidad de matrimonio**, pues conforme a las reglas propias de esta institución, no se aplica en las contiendas en que se discutan derechos irrenunciables (no transigibles), como en la especie lo es el estado civil, por estar comprometido el orden público.

## **B) La audiencia de conciliación y sus objetivos:**

El **artículo 68** prescribe: “Deducida la demanda, el juez citará a las partes a una audiencia especial de conciliación, a la cual deberán comparecer personalmente.

Podrá disponer medidas de apremio, de conformidad al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, para lograr la asistencia del cónyuge, que no compareciere, personalmente, sin causa justificada”.

Se critica la exigencia de la comparecencia personal, pues imposibilita que las personas que residan en el extranjero y deseen presentar la demanda respectiva no podrán hacerlo, a menos que cuenten con los medios económicos suficientes; igual situación afectará a los posibles demandantes que residan en una ciudad distinta y que carezcan de los recursos necesarios para el traslado respectivo.

Sin embargo, dicha exigencia puede ser subsanada exponiendo la parte afectada, la causa de su inasistencia (justificada), quedando a criterio del juez apremiar o no al inasistente.

Durante la audiencia, el juez instará a las partes a conciliación, proponiéndoles personalmente bases de arreglo, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes (**artículo 69**).

Dicha actuación tendrá por **objetivos**, en virtud del **artículo 67**, los siguientes:

i) El propósito de examinar las condiciones que contribuirán a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

ii) Además, cuando proceda, tendrá por objetivo acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos, el padre o madre que no los tenga bajo su cuidado y el ejercicio de la patria potestad”.

Si las partes alcanzan un acuerdo, deberá ser completo y suficiente, en los términos del artículo 27, es decir el acuerdo será **completo** si regula todas y cada una de las materias señaladas en el artículo 21 (alimentos, cuidado personal, relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado, y la regulación de

las relaciones mutuas de los cónyuges especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio) y se entenderá como suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

Si las partes no alcanzaren acuerdo o si éste no fuere completo y suficiente, el juez exhortará a los cónyuges a perseverar en la búsqueda de consenso; y para este efecto les hará saber la posibilidad de someterse voluntariamente al proceso de mediación.

También, el juez deberá informar a los cónyuges (sino se solicitare en la demanda) sobre el derecho a la compensación económica para el cónyuge más débil.

Y además, el juez deberá pronunciarse sobre las medidas que se adoptarán en forma provisional, respecto de las materias indicadas en el inciso segundo del artículo 67.

### III.- SOBRE LA MEDIACIÓN EN LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA:

La recepción de este método alternativo de resolución de conflictos en la nueva Judicatura de Familia, es una innovación en nuestro ordenamiento jurídico; pues se otorga un tratamiento sistemático a la mediación a propósito de las leyes Nº 19.947 sobre Matrimonio Civil y su Reglamento Nº 673 del 27 de agosto de 2.004, y la Nº 19.968 que crea los **Tribunales de Familia**.

La mediación en la Ley Nº 19.968 que crea los **Tribunales de Familia**, se encuentra en el Título V, denominado “De la Mediación Familiar”, en los artículos 103 al 114. En la Ley Nº 19.947 sobre Matrimonio Civil, se encuentra regulada en el Capítulo VII, denominado “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”, párrafo 3º titulado “De la Mediación”, en los artículos 71 al 79.

Cabe destacar, que a partir de octubre de 2.005, los tribunales de familia conocerán las materias recogidas en la Ley sobre Matrimonio Civil; existiendo por lo tanto dualidad de normas, e incluso contradicción entre éstas, sobre la materia que nos compete: la mediación. La herramienta para solucionar esta situación, sería el **Reglamento de la Ley que crea los Tribunales de Familia**, el cual tendría por objetivo principal, adecuar estas

dos normativas y en definitiva derogar tácitamente el Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil.

Hasta la conclusión de este trabajo, aún no se dictaba el Reglamento de la Ley que crea los Tribunales de Familia, por lo tanto el siguiente análisis se realizará a la luz de los cuerpos legales antes citados.

### A) Concepto de mediación:

La Ley que crea los Tribunales de Familia, define a la **mediación** en su **artículo 103**, 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*".

Para esbozar este concepto, el legislador se inspiró en la literatura especializada y la experiencia aportada por los programas pilotos desarrollados al interior de distintas organizaciones. Para los autores esta definición, cumple con las exigencias de amplitud y flexibilidad, necesarias para abordar los conflictos familiares, además de enunciar los principios de la mediación, como la voluntariedad, la imparcialidad, y el protagonismo de las partes.

Podemos destacar que esta definición no es propia de la mediación familiar, sino que es una descripción aplicable a la mediación en general. No se contemplan las particularidades del conflicto familiar.

Sin embargo, esta definición resalta el protagonismo de las partes, ya que tiene por **objetivo** ayudar a las partes, a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdos, careciendo el

mediador de un poder decisorio; lo cual lo diferencia del juez y la caracteriza como método alternativo de resolución de conflictos.

## B) Procedencia de la mediación:

La Ley que crea los Tribunales de Familia, en su artículo 104 señala que la mediación procede en todas las materias de competencia de los juzgados de familia. Cabe recordar que las materias relativas a la Ley de Matrimonio Civil, son de competencia de estos tribunales, por lo tanto procede mediación en las causas sobre separación judicial y divorcio.

No procede en los siguientes casos:

- ❖ Asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo los casos contemplados en la Ley de Matrimonio Civil.
- ❖ Declaración de interdicción.
- ❖ Causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes.
- ❖ Procedimientos regulados en la Ley Nº 19.620, sobre Adopción.

Será requisito necesario para someterse a mediación, que las partes involucradas lo acepten o acuerden conjuntamente.

A propósito de la violencia intrafamiliar, existe un tratamiento especial, recogiéndose la mediación en relación a la suspensión condicional de la dictación de la sentencia.

Ésta es una figura novedosa distinta a la conciliación y mediación, pero que comparte con éstas su calidad de **alternativa**, la cual se encuentra regulada en el **artículo 96** de la Ley, configurándose como una salida alternativa, pues se omite la dictación de la sentencia. Dicha figura procede en el supuesto que se verifiquen los requisitos legales, que a criterio del legislador y del juez, permiten presumir que el agresor no seguirá cometiendo actos de violencia.

La procedencia de esta figura en los conflictos sobre violencia intrafamiliar, fue una de las materias más discutidas en la tramitación de la ley, ya que presento grandes opositores como la **diputada María Antonieta Saa**, quien señalo: "Por eso, pido que **se vote en contra de la suspensión condicional de la sentencia** para que no haya una vía de escape, impunidad, y los tribunales de familia sancionen con una multa porque la falta es leve. Esa será una señal clara de que a la sociedad le importan las agresiones y que las mujeres y los niños notarán que no hay impunidad". Dicha observación fue apoyada por la diputada **María Angélica Cristi**, quien agrega al debate que: "La diputada Saa tiene razón respecto de la gran preocupación que existe sobre la violencia intrafamiliar. Pero no podemos culpar a la falta de procedimiento judicial como causa de su mantención. Sabemos que el tema va mucho más allá, que es un problema social grave, que afecta a la sociedad. Debemos empezar a tomar muchas medidas y dar mucho apoyo a la familia, y no sólo resolver los momentos de conflicto y los problemas álgidos de violencia o de separaciones".

Una posición ecléctica, que en definitiva fue la recogida en el texto final, fue la que postuló el diputado **Guillermo Ceroni**, quien señalo que: "Desde ese punto de vista, estoy abierto a seguir analizando este tema, pero con la condición de **establecer la suspensión sólo cuando se cumpla una serie de requisitos que no signifiquen que el hechor quede libre de polvo y paja**. Es decir, si vuelve a cometer un acto semejante, se le aplicará la sanción correspondiente". Igual posición fue sustentada por el **diputado**

**Zarko Luksic:** quien señala: “Por otra parte, me sumo a lo dicho por el diputado **Ceroni**, en cuanto a la suspensión condicional de la sentencia en materia de violencia intrafamiliar. Hay una serie de resguardos establecidos en los artículos 71, 72 y 73; incluso se contempla la revocación, cuando la persona demandada incurre en nuevos actos de violencia intrafamiliar. Creo que ese caso está suficientemente resguardado y es una buena decisión legislar sobre la materia.”

Por lo tanto, la mediación en los asuntos a que dé lugar la aplicación de la **Ley Nº 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar** procederá **a propósito de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia**, en los términos y condiciones establecidos en los **artículos 96 y 97 de la Ley Nº 19.968**.

El juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, si el demandado o denunciado reconoce ante el tribunal los hechos, sobre los que versa la demanda o denuncia y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo. Además, para que proceda esta figura es necesario que 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**. Esta última exigencia podrá someterse a mediación, por lo tanto, el juez puede someter a mediación un conflicto sobre violencia intrafamiliar sólo en caso que proceda la suspensión condicional de la dictación de la sentencia y específicamente para los efectos de establecer las condiciones del **artículo 96 letra a)** ya mencionada anteriormente.

Para efecto de la mediación en esta materia, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, a fin de asegurar que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

Esto configura una regulación especial, atendida la naturaleza del conflicto y el interés protegido.

### **C) Principios rectores de la mediación familiar recogido en la Judicatura de Familia:**

En ambos cuerpos legales, la **Ley de Tribunales de Familia** y la **Ley sobre Matrimonio Civil**, se recogen normas relativas a los principios de la igualdad de condiciones de las partes, la confidencialidad y el interés superior de los hijos y terceros (**artículo 106 de la Ley que crea los Tribunales de Familia y artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil**).

Hacemos presente que la recepción semejante en ambos cuerpos legales, responde al hecho que durante la tramitación de la ley que crea los Tribunales de familia, ase adoptaron en esta materia, los artículos pertinentes de la Ley de Matrimonio Civil, a fin de homogenizar el tratamiento de la mediación en la reforma del Derecho de Familia.

Se omiten en ambas leyes, la prescripción explícita de los principios de imparcialidad, neutralidad, y voluntariedad. El legislador consideró redundante referirse a estos principios, por considerar que se extraen de la definición de la mediación y de la naturaleza misma de esta figura.

Además el tratamiento de los principios, no sobrepasa la enunciación de éstos, quedando en la esfera de la práctica completar su contenido y alcance.

#### **1.-Igualdad de condiciones o equilibrio de poder:**

Este principio, es una condición de todo proceso de mediación, que consiste en que las partes se encuentren en una situación de equilibrio de poder, que les permita tomar decisiones libremente lo cual se concreta en dos esferas: En primer lugar, que ninguna de las partes se encuentre coaccionada por la otra bajo amenaza abierta o velada de sufrir un perjuicio

ilegítimo en su persona o bienes; y en segundo lugar que ambas partes cuenten con la información suficiente para la adopción de los acuerdos respectivos, como la capacidad física e intelectual para comprender el proceso y sus consecuencias<sup>194</sup>.

El **inciso 1º del artículo 106** recoge este principio, al prescribir: "El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación".

Este principio se reitera en el **artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil**, del cual fue extraída la norma del artículo 106.

Extraemos de esta norma, **dos deberes para el mediador:**

- ❖ En primer lugar, si verificara la desigualdad de condiciones de las partes para adoptar acuerdos, deberá adoptar o proponer las medidas necesarias para obtener el equilibrio necesario.
- ❖ Y en segundo lugar, si no fuere posible establecer la igualdad necesaria, deberá declarar terminada la mediación.

La única diferencia entre las normas antes citadas, es la presunción que se establece en el inciso segundo del artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil, por la cual no existirá igualdad de condiciones entre los cónyuges, si uno de ellos hubiere sido objeto de violencia intrafamiliar por parte del otro.

Con respecto a esta presunción, surge la duda si es de carácter legal o de derecho. A nuestro parecer, es una presunción simplemente legal, por lo tanto admite prueba en contrario. Esto porque el legislador cuando establece una presunción de derecho, utiliza explícitamente este calificativo o bien utiliza la frase "no admite prueba en contrario"; lo cual no se presenta en la presunción en comento. Además si se tratare de una presunción de derecho, se contradice con el artículo 96 que establece la

---

<sup>194</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** *"Propuesta para el Desarrollo de los principios de la mediación según la regulación de la ley de Tribunales de Familia"*, Valparaíso, Agosto año 2005, sin publicar.

mediación bajo ciertos supuestos en materias relativas a violencia intrafamiliar. Finalmente, si fuere una presunción de derecho, en una interpretación útil, dado el efecto de frustrar la mediación si no se cumple con el principio de la igualdad de condiciones, la técnica idónea habría sido excluir expresamente la violencia intrafamiliar de la mediación.

A la luz de este principio, en los casos que presenten hechos de violencia intrafamiliar, quedara a criterio del mediador continuar o no el proceso.

## 2.-Interés superior del niño, niña o adolescente:

El inciso segundo del artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia señala: "En el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, como los intereses de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar".

Este principio se recoge en términos semejantes en el **artículo 74 inciso tercero de la Ley de Matrimonio Civil.**

Por dicha norma, se interpreta que cada vez que se tomen decisiones en el proceso de mediación, que afecten a niños, niñas o adolescentes, el mediador deberá velar porque los adultos participantes consideren los intereses de éstos, según los requerimientos de su pleno desarrollo físico y psíquico. En su intervención promoverá la adecuada protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por medio de la participación de los parientes que legalmente lo representan, cuidando de respetar la debida autonomía familiar. Para la mediadora **Marcela Fernández**, toda vez que una decisión de los adultos participantes en la mediación vulnere o

ponga en riesgo los derechos a la integridad física o síquica del niño, niña o adolescente, el mediador deberá levantar la mediación<sup>195</sup>.

Este principio nos sugiere una interrogante: ¿Pueden participar los niños en el proceso de mediación?

La redacción de este artículo no responde a la interrogante. En busca de una respuesta recurriremos a la historia fidedigna de la ley.

El Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia aprobado por la Comisión de la Familia, en su artículo 67, permitía la participación de niños en la audiencia inicial de la mediación respectiva, con el requisito de que su presencia fuera estrictamente indispensable para el desarrollo de ésta. En el debate al interior de las Comisiones Unidas de Familia y Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el diputado Luksic postuló la incomparecencia de los niños a esta audiencia, sosteniendo que, a lo más, debiera considerarse su presencia en casos determinados como son los juicios de alimentos, tuición o nombramiento de curador, opinión con la que coincidió la diputada Vidal. La diputada Guzmán fue partidaria de facultar al mediador para citarlos cuando fuera necesario, facultad que la diputada Soto sostuvo debería entregarse al juez para cuando éste estimare justificada la presencia de los menores. La diputada Saa recordó que de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, éstos siempre deben ser oídos. Finalmente la Comisión acordó aprobar este artículo agregándole un inciso tercero que contemplaba la citación de los menores en los términos que señala la Convención, así quedo redactado de la siguiente forma: “En todo caso, el mediador deberá escuchar a los menores de edad que estén en

---

<sup>195</sup> FERNÁNDEZ Marcela: (n. 194), p.2.

condiciones de formarse un juicio propio atendida su edad y madurez, sobre todo aquello que los afecte.”

En el **Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento**, se debatió sobre este punto. Al efecto, **Jorge Burgos, Presidente del Colegio de Mediadores de Chile A.G.** señaló que: “La opción de escuchar a los niños dentro del proceso de mediación, es inconveniente establecer imperativamente que el mediador escuche a los niños, como dispone el artículo 92; si bien es prácticamente unánime la opinión entre los profesionales de la mediación familiar sobre la conveniencia y, en ciertos casos, la necesidad de escuchar a los menores en los procesos de mediación, además del mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero no parece correcto establecerlo como un deber legal del mediador, ya que la experiencia indica que muchas veces no es necesario traer a los niños y adolescentes a las sesiones de mediación, entre otras razones por respeto al rol y la representación ejercida por los padres, bajo condiciones de normalidad. El deber de escucharlos tiene que ver con un imperativo interno de la ciencia o arte de la mediación y con determinadas condiciones específicas de cada conflicto en particular, que son calificadas por el propio mediador y que no es posible regular eficazmente mediante una norma imperativa. Por otra parte, en términos prácticos se corre el riesgo de que muchas mediaciones, en el futuro, sean nulas o anulables por no haber cumplido este imperativo”.

**Rafael Estrada, en representación del Instituto Chileno de Terapia Familiar**, coincide con la opinión anterior, postulando que dicha norma debería ser facultativa para el mediador, por cuanto la Convención de los Derechos del Niño dispone sólo la necesidad de realizarlo y, además, el incumplimiento de este imperativo podría dar lugar a la nulidad de la mediación.

Concluimos que el artículo permite la participación de niños en la mediación quedando al arbitrio del mediador y los padres o sus

representantes, la decisión final. Sin perjuicio, que los padres, tienen la capacidad de representar los intereses de su hijos; la posibilidad de que los niños participen directamente en el proceso de mediación o sean entrevistados por el mediador, debe ser considerada en atención a su derecho a expresar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta al decidir en cuestiones que les afecten. Esto último es un derecho consagrado en la **Convención de los derechos del niño, artículo 12.**<sup>196</sup>

### **3.-Confidencialidad:**

Este principio se traduce en que el mediador deberá guardar reserva de todo lo visto o escuchado durante el proceso de mediación, siendo su responsabilidad custodiar adecuadamente los registros personales de las actuaciones realizadas con ocasión de la mediación, para evitar su publicidad<sup>197</sup>.

Las excepciones a este principio, sean de carácter legal o ético profesional, deberán ser declaradas por el mediador a las partes antes de dar inicio a la mediación.

El mediador no podrá utilizar en su propio beneficio o provecho, la información obtenida con ocasión de la mediación, durante o después de ésta. Toda utilización de la información con fines pedagógicos deberá ser autorizada por las partes por escrito, y en su exhibición o reproducción se cuidara la privacidad de las partes.

El inciso final del artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia y el inciso cuarto del artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil, establecen: "El

---

<sup>196</sup> **MINISTERIO DE JUSTICIA:**(n.77), p.31.

<sup>197</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** (n.194), p.1.

mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación, que estará amparado por el secreto profesional. Si viola dicha reserva, será sancionado con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal".

Estas normas no establecen excepciones a este principio. Esta es una solución diversa a la recogida en el Derecho Comparado, por ejemplo en el **Proyecto Argentino sobre Mediación Familiar**, en que se contempla como excepción al deber de confidencialidad: hechos o situaciones que impliquen grave riesgo moral o material para los hijos menores del matrimonio o que puedan afectar la integridad física o síquica de alguno de los miembros del grupo familiar.

La excepción a la confidencialidad puede desmembrarse en dos ámbitos: la posibilidad de denunciar por el mediador, si durante la mediación tuviere información sobre hechos constitutivos de un delito, y la posibilidad de comparecer en un juicio posterior entre las partes como testigos sobre los hechos de que tomara con ocasión de la mediación.

Nos referiremos brevemente a la **historia fidedigna de la ley sobre Tribunales de Familia**, a fin de conocer las motivaciones del legislador para establecer dicho principio, especialmente atendiendo a que es un punto discutido en la doctrina, en torno a delimitar su ámbito de acción.

Dentro de las exposiciones hechas al interior de la **Comisión de Familia**, la **ministra de Justicia** en ese entonces, **María Soledad Alvear** destacó la procedencia de discusión sobre la reserva que los mediadores deberían guardar acerca de lo escuchado y visto durante la mediación, pues a su parecer "la única forma de que las partes expusieran abiertamente sus problemas para que los mediadores pudieran formarse una opinión exacta de ellos, es que hubiera absoluta certeza acerca de la confidencialidad del sistema". Sin embargo, el Ejecutivo proponía, con algún grado de duda, la excepción del deber de confidencialidad en aquellos casos en que los mediadores conocieran situaciones de maltrato en contra de menores o de

incapaces. Dicha inquietud fue recogida por la **Comisión de la Familia**, contemplándose las excepciones sugeridas.

Con dichas excepciones, paso para su revisión a la Cámara Alta.

En el **Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento**, se planteó la inquietud acerca del alcance de la confidencialidad.

Los **representantes del Ejecutivo** sostuvieron que la confidencialidad es de la esencia de la mediación y está recogida en casi todas las legislaciones extranjeras que regulan el tema. El único caso en que se le exime de la confidencialidad es el contemplado en la parte final de la norma, que permite que el mediador denuncie ciertos hechos cuando las víctimas son menores, pero no lo obliga a ello.

El **senador Aburto**, señaló que, si el mediador toma conocimiento de un delito, debería cesar este deber de confidencialidad, y debería comenzar el deber de ponerlo en conocimiento de la autoridad.

El **senador Fernández** recordó que solamente los funcionarios públicos tienen la obligación de denunciar los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus cargos. Por ello, si bien en este caso puede cesar el deber de confidencialidad, ello no significa que tenga la obligación de denunciar. Sostuvo que para el éxito de la mediación debe garantizarse la confidencialidad de modo absoluto. De lo contrario, no operará adecuadamente.

Luego de esta discusión, la **Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento**, acordó reforzar la confidencialidad, declarando, como uno de los principios de la mediación, que el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal”. Así quedó redactado el inciso respectivo del **artículo 106** del texto final.

No obstante no contemplarse excepciones al principio de la confidencialidad en los artículos citados; nos planteamos la interrogante, ¿qué pasa si el mediador durante el proceso respectivo conoce sobre la comisión de un delito o abuso en contra de un menor que no ha sido objeto de un proceso judicial y decide voluntariamente denunciar?

En la revisión de los textos especializados sobre este punto en la legislación chilena, no encontramos una respuesta determinada. Sólo se destaca la confidencialidad en esta área, equiparándola al secreto profesional.

Recurriendo a los autores nacionales en materia penal, podemos señalar lo siguiente.

**Alfredo Etcheverry**<sup>198</sup>, a propósito del secreto profesional, indica que se reconocen dos sistemas en doctrina: el sistema del **secreto absoluto**, por el cual en toda circunstancia prevalece la reserva, y el sistema de **secreto relativo**, en el cual por razones de bien público o privado superior cesa la obligación de reserva.

Si consideramos que en nuestro ordenamiento se recoge el **sistema absoluto**, el mediador en caso de conocer hechos que configuren un delito o un atentado contra otra persona a propósito de la mediación en virtud de este no debería denunciar. Si decide denunciarlos, esto constituirá una violación al secreto profesional; para eludir la responsabilidad derivada de este hecho, podría ampararse en la eximente prevista en el **artículo 10 número 5 y 6 del Código Penal**, es decir, la legítima defensa de un familiar o extraño. De tal forma, será inimputable revelar el secreto confiado cuando se trate de impedir la comisión próxima de un delito, pero sólo en la medida estrictamente necesaria para cumplir dicho fin.

**Sergio Politoff**<sup>199</sup>, coincidiendo con **Labatut**, postula que el sistema recepcionado en nuestro ordenamiento, es el **sistema relativo**, pues existen

---

<sup>198</sup> **ETCHEVERRY Alfredo:** *Derecho Penal Parte Especial tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, pp. 229-230.

<sup>199</sup> **POLITOFF Sergio:** *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago, p. 492.

diversas excepciones, en primer lugar aquellas establecidas en leyes especiales, así por ejemplo el **artículo 20 del Código Sanitario**, en segundo lugar aquellas establecidas para favorecer la acción de la justicia, por ejemplo el **artículo 175 del Código de Procesal** que establece la obligación de denunciar de determinadas personas.

Siguiendo esta postura, el mediador deberá evaluar la gravedad y veracidad de los hechos que le fueren relatados durante la mediación, pudiendo relevarse de la reserva si éstos configuran un atentado contra un interés público, como por ejemplo la comisión de un delito de acción penal pública, o contra principios constitucionales fundantes de nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo el interés superior del niño, es decir cuando se comprometa un interés superior al de los involucrados en el proceso. Para el autor citado, el mediador si decide violar el principio de confidencialidad, denunciando la comisión de un delito. Además, podrá ampararse en la eximente del **artículo 10 número 10 del Código Penal** (el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo)

Agregado a lo anterior, si el mediador fuere un funcionario público, estaría obligado a denunciar, de conformidad al **artículo 175 del Código de Procesal Penal**, el cual establece las personas obligadas a denunciar. Dentro de éstas comprende a los empleados públicos, respecto de los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que noten en la conducta ministerial de sus subalternos.

Para finalizar, el mediador tiene una tercera vía para denunciar y no verse involucrado directamente,<sup>200</sup> se permite la denuncia anónima de un delito perseguible de oficio (delito de acción pública), ya que ésta permite mantener en reserva a la persona que la hiciere, sin ser necesario para iniciar una investigación, la individualización exacta del denunciante.

---

<sup>200</sup> **HORVITZ María Inés:** (n.111), pp. 333-335, 473-477.

Sin embargo, el afectado por la violación del secreto, también podrá perseguir su responsabilidad disciplinaria a través del reclamo para la imposición de sanciones ante la Corte de Apelaciones respectiva.

#### 4.- Imparcialidad:

Este principio no se encuentra regulado explícitamente, desprendiéndose del **artículo 103 de la Ley de Tribunales de Familia**, que define a la mediación.

Algunos autores han desarrollado este principio, a partir de esta norma; entre ellos, **Marcela Fernández** nos señala que la imparcialidad se traduce en las circunstancias siguientes<sup>201</sup>:

- i) El mediador no puede tener intereses propios en las materias sometidas a mediación, ni compromisos previos de ninguna especie con las partes. Siempre que exista un vínculo anterior con alguna de las partes, el mediador lo declarara antes de dar inicio a la mediación, a objeto que ellas puedan considerar un cambio en la persona del mediador.
- ii) El mediador deberá dar a ambas partes un mismo trato durante el proceso, permitiendo la participación en condiciones de igualdad. Evitará sostener diálogos con las partes sobre las materias sometidas a mediación fuera de las sesiones del proceso.
- iii) El mediador durante el proceso de mediación, procurara abstenerse de emitir juicios de valor sobre las partes, sus relatos, conductas y opiniones. Asimismo cuidara que su intervención, no implique asesoría o consejería a ninguna de ellas, respecto de las decisiones que deben tomar para el logro del acuerdo.
- iv) El mediador evaluará permanentemente su capacidad para considerar las posiciones y alternativas de las partes con objetividad. Si estima que ello no fuere posible, o que de cualquier otro modo su actitud ha afectado la

confianza de las partes, en su imparcialidad, deberá retirarse de la mediación.

La imparcialidad también se recoge implícitamente en las causales de revocación de la designación de l mediador, que veremos más adelante.

### 5.- Voluntariedad:

Este principio no se encuentra expresamente recogido en las respectivas leyes; sino que se deduce de diversos artículos.

Así el **artículo 103 de la Ley de Tribunales de Familia** al definir la mediación, señala en lo pertinente: *"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"*.

Además se sujeta a la decisión de las partes, sujetarse a mediación, retirarse de ésta, determinar la forma cómo se realizará el proceso y el contenido del acuerdo que dirima su conflicto.

**D) Normas relativas al procedimiento de mediación familiar contenidas en las leyes N° 19.947 y N° 19.968:**

#### 1.- Oportunidad para disponer la mediación:

---

<sup>201</sup> **FERNÁNDEZ Marcela:** (n.194), p.1.

En el proyecto original, como ya señalamos a propósito de la tramitación de la Ley de Tribunales de Familia, establecía por regla general, la mediación prejudicial obligatoria como requisito de procesabilidad de la acción judicial. Sin embargo, dicha obligatoriedad se excluyó, por considerarse de la naturaleza de la mediación, su voluntariedad, por lo tanto era indispensable establecerla en forma facultativa.

Por esta razón, la mediación se recogió en forma voluntaria, pudiendo recurrirse a ésta en diferentes oportunidades, que el legislador establece en el **artículo 105** de la Ley que crea los Tribunales de Familia.

Éstas son:

❖ **Oportunidad Prejudicial:** El primer supuesto se establece en el **inciso primero**, que señala que las personas interesadas, en forma previa a que interpongan una acción judicial entre sí, podrán someter a mediación los asuntos que tengan pendientes, directamente, ante uno de los mediadores inscritos en el registro respectivo. Si se obtuviere acuerdo, éste será informado al juez de familia, para su aprobación en lo que se ajustare a Derecho.

❖ **Oportunidad intraprocesal:** Aquí distinguimos tres hipótesis.

En primer lugar, al momento de interponerse una acción judicial susceptible de mediación, el juez de familia ordenará que un funcionario especialmente calificado instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a ella. Si el actor manifestare su acuerdo de recurrir a este método, el tribunal notificará a la persona respecto de la cual se dedujo la acción, para que concurra a manifestar su voluntad de aceptar la mediación, o de rechazarla, dentro de los diez días siguientes (**inciso segundo del artículo 105 de la Ley que crea los Tribunales de Familia**).

El funcionario que deberá informar a la(s) parte(s) sobre la mediación, al tenor del **artículo 105**, es una figura determinante, pues su acción se dirigirá a generar en las personas la inquietud o necesidad de sujetarse a mediación. Destaca esto, que la mediación sea una figura nueva y desconocida en nuestra sociedad; por lo cual este funcionario, desempeña un papel germinal en la utilización y promoción de este método alternativo.

En segundo lugar, se encuentra el **inciso cuarto del artículo 105**, que prescribe que el juez podrá disponer la mediación, a solicitud de ambas partes, una vez acogida a tramitación la acción judicial y hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia de juicio.

En tercer lugar, la **Ley de Matrimonio Civil establece en el artículo 71** que en la audiencia preparatoria, finalizado el llamado a conciliación, y no habiéndose producido conciliación completa y suficiente entre los cónyuges, el juez dispondrá un proceso de mediación, si ambos cónyuges lo solicitaren, salvo que el juez se forme la convicción de que la mediación no será útil para conseguir su finalidad.

Finalmente el **artículo 105 inciso final**, prescribe **la improcedencia de la mediación en los siguientes casos:**

- ❖ No procediere derivar el asunto a mediación (por estar exceptuados expresamente por la ley, por ejemplo asuntos relativos a la adopción, al estado civil, etc.).
- ❖ Ésta fuere rechazada por una de las partes; en dicho caso el juez deberá acoger a tramitación la acción judicial, conforme al procedimiento que corresponda.

## 2.- Designación del Mediador:

Podemos definir al mediador, en base al **artículo 103** de la ley, como *“el tercero imparcial sin poder decisorio, que ayuda a las partes a buscar por si mismas una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdos.”*

La designación del mediador puede ser realizada por las partes o por el juez.

❖ En primer lugar, las partes deberán **designar al mediador**, de común acuerdo entre quienes figuren en el **Registro de Mediadores (inciso 3º artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia)**.

La **Ley de Matrimonio Civil** permite que las partes, puedan designar a un mediador que no esté inscrito en el Registro de Mediadores, de acuerdo al **inciso primero del artículo 77**. Esta norma se incluyó con el objetivo, de que personas distintas a los mediadores pudieran ejercer dicho rol, como por ejemplo sacerdotes, pastores u otros ministros de los cultos reconocidos en el país.

Posteriormente en virtud de esta facultad anteriormente señalada, el legislador estableció en el **inciso segundo del artículo 103 de la ley que crea los Tribunales de Familia**, las partes podrán designar de común acuerdo una persona que ejerza entre ellas sus **buenos oficios** para alcanzar avenimientos en las materias en que sea procedente de acuerdo la ley. No se le otorga el carácter de mediador a este tercero, a fin de no sujetarlo al mismo régimen del proceso de mediación y la calidad de ministro de fe pública de que gozarían los mediadores. El legislador solo mencionó esta figura, sin detallar su ámbito de aplicación. Planteamos las siguientes interrogantes, la oportunidad para llevarlo a cabo, la forma de intervención del tercero, validez de los acuerdos, duración de su actuación, al estar ubicada dentro del párrafo que trata la mediación, implica que se sujeta a sus mismas reglas, etc., será la práctica quien las responderá.

❖ En segundo lugar, si las partes discreparen de la persona del mediador o manifestaren su decisión de dejar entregada esta materia a la

resolución del juez, éste procederá a designar al mediador, mediante un mecanismo aleatorio de entre quienes figuren en el Registro de mediadores.

El **artículo 72 de la Ley de Matrimonio Civil**, el juez deberá considerar para la designación del mediador, los intereses comunes que hubieren manifestado los cónyuges y el número de casos pendientes que tengan los mediadores.

La decisión efectuada por el tribunal, no es susceptible de ulterior recurso; con todo, **deberá revocarse y procederse a una nueva designación** si:

- i. Fuere curador de cualquiera de las partes,
- ii. Fuere pariente, por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral, de cualquiera de las partes,
- iii. Hubiere prestado servicios profesionales a cualquiera de las partes con anterioridad.

La **Ley de Matrimonio Civil** permite obvia alguna de estas citaciones, si existiere acuerdo entre las partes.

En el proyecto original, se incluían en los numerandos 2 y 3, al cónyuge o conviviente de una de las partes; los cuales fueron suprimidos en el proyecto final. Esto último plantea una interrogante, ¿podrá el cónyuge o conviviente de una de las partes en conflicto ser mediador en el caso?; esto especialmente considerando el aumento de las familias ensambladas en nuestra sociedad. Es una respuesta lógica la opción negativa, a menos que ambas partes lo designarán de mutuo acuerdo. Sin embargo la neutralidad e imparcialidad requerida, se desestabiliza por sí sola, ante la circunstancia de que el mediador (a) fuera esposo (a) o conviviente de una de las partes (pese al pacto que pudiera existir).

Designado el mediador, se suspenderá el procedimiento ante el tribunal, (**artículo 105 inciso 6º de la Ley de Tribunales de Familia**).

Sin perjuicio de la mediación, el juez puede adoptar las medidas cautelares que estimare necesarias, pues el mediador carece de jurisdicción para dictarlas (**artículo 105 inciso 6º de la Ley de Tribunales de Familia**).

### **3.- Reglas del proceso de Mediación:**

En cuanto al **desarrollo de la mediación**, la ley respetando los principios rectores de este proceso, como el protagonismo de las partes y flexibilidad, no establece pautas formales que rijan el proceso. Sólo establece la **duración** de ésta, señalando que: "El proceso de mediación no podrá durar más de sesenta días, contados desde que se haya realizado la sesión inicial de mediación. Este plazo podrá prorrogarse, de común acuerdo por las partes hasta por 60 días más" (**artículo 108**).

La **Ley de Matrimonio Civil en su artículo 75**, sólo difiere del artículo 108 de la Ley de Tribunales de Familia en cuanto al cómputo del plazo, el cual corre desde la recepción por parte del mediador de la comunicación del tribunal que le informa su designación.

Durante este 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 o bien en forma conjunta.

**María de la Paz Donoso y Deborah Levit**, concuerdan con el plazo fijado por el legislador. Describiendo su experiencia como mediadoras, lo consideran idóneo para el desarrollo de 4 a 6 encuentros, de una hora aproximadamente, con la frecuencia de una vez por semana, que es lo usual en este proceso, no obstante hacer presente la flexibilidad atendida las temáticas a tratar<sup>202</sup>. El tiempo (determinado) y el espacio (concreto) tiene la ventaja, de situar a los miembros de la familia, en "una secuencia de tiempo finita organizada en sesiones, con una fecha de inicio y una de

termino", otorgándole temporalidad al conflicto (Jean de Munck, trabajo citado por las autoras).

El mediador designado, 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 pueden llegar (**artículo 107 inciso 1º**).

La **Ley de Matrimonio Civil**, en su **artículo 73**, difiere en cuanto a la forma de citación, pues se establece que deberá realizarse por carta certificada, y se agrega una información extra relativa a la duración, las etapas del proceso de mediación y el carácter voluntario de los acuerdos que de ella deriven.

Continuando con la sesión inicial de la mediación, la ley no establece una forma especial de **citación** a ésta, a diferencia de la **Ley de Matrimonio Civil**, en que se establece la carta certificada para citar a las partes a esta sesión inicial.

El **anteproyecto**, destinaba su **artículo 88** a la citación, señalando que ésta debía realizarse por carta certificada o por cualquier otro medio de comunicación, que asegurara el conocimiento de ella por parte de los citados, de lo cual deberá dejar testimonio el mediador.

Este tratamiento abierto de la citación es concordante con el dado para las notificaciones en la respectiva ley, a propósito del procedimiento ante los jueces de familia, en que igualmente se establece un amplio espectro para realizar la primera notificación, si no hubiere sido posible previamente practicarla personalmente, así el juez puede disponer cualquier medio idóneo que garantice la debida información del notificado para el adecuado ejercicio de sus derechos (**artículo 23**).

---

<sup>202</sup> DONOSO María de la Paz, LEVI Deborah: (n.137), p.8.

Analizando los artículos anteriores sobre la comparecencia de las partes durante la mediación, se nos plantea la interrogante sobre la exigencia de la participación personal, en el desarrollo del proceso de mediación, puesta que sólo se exige para la sesión inicial. En consecuencia ¿Pueden ser representadas las partes en la mediación?

Durante la tramitación del proyecto, en la **discusión en particular de la Comisión Familia**, al redactar el **artículo 67**, se permitía la representación de personas jurídicas y naturales, que tuvieran su domicilio en un territorio jurisdiccional distinto.

Las diputadas **Allende, Muñoz y Pollarolo** formularon una indicación a dicha norma, que implicaba la supresión de la representación, por considerar vital la concurrencia personal de las partes durante el proceso de mediación, aun en los casos en que la norma la exceptúa. Dicha indicación fue aprobada, suprimiéndose lo pertinente, quedando el artículo en su redacción final.

Esto se configura como una excepción al principio sobre la procedencia de la representación en la mayoría de los actos; sin embargo atendidos los fines de la mediación, dicha norma especial se justifica dado el protagonismo, colaboración y particularidades del conflicto familiar.

#### **4.- Deberes del Mediador:**

De lo expuesto anteriormente, podemos señalar los siguientes **deberes del mediador:**

- i. La información que debe dar a las partes en la sesión inicial, acerca de la naturaleza y objetivos de la mediación, su duración y etapas, el carácter voluntario de los acuerdos adoptados, y la ilustración sobre el valor jurídico de dichos acuerdos.

- ii. Debe cerciorarse de la igualdad de condiciones entre los participantes, si este supuesto no existiera, deberá proponer o adoptar las medidas necesarias para lograr el equilibrio idóneo. Si no fuere posible, se declarará terminada la mediación.
- iii. Debe velar, para que se consideren los intereses de los hijos, si los hubiere, así como el de terceros interesados que no fueron citados a la sesión inicial, a los cuales puede citar con las mismas formalidades que a los cónyuges.
- iv. Debe guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso.

En el proyecto original se contemplaban otros deberes como velar durante el transcurso de la mediación por la observancia de todas las reglas que contenga la ley que crea el sistema nacional de mediación, y especialmente por el respeto de los principios de igualdad de las partes, voluntariedad de los acuerdos, confidencialidad e imparcialidad. Además se permitía al mediador excusarse de seguir interviniendo en la búsqueda de acuerdos cuando estime fundadamente que se están vulnerando algunos de principios rectores del proceso de mediación.

Sin embargo, esta norma era la única que hacía referencia al Sistema Nacional de Mediación, por lo cual fue suprimida para encargar dichas materias al **Reglamento**, eliminándose el resto del contenido del artículo que contenía los deberes del mediador.

#### 5.- Término de la Mediación:

Durante el proceso pueden presentarse las siguientes hipótesis, que ponen fin a la mediación:

- a) *Término de la mediación sin adopción de acuerdos:* Una primera hipótesis surge de la voluntariedad de la mediación, pudiendo cualquiera de las

partes retirarse de ésta en cualquier momento, aún cuando no se hubiere adoptado acuerdos.

Otra hipótesis se desprende de la duración de ésta, es decir transcurrido el plazo fijado por la ley (prorrogado o no por acuerdo de las partes), sin que se hubiere adoptado un acuerdo total o parcial sobre los puntos en conflicto.

En este caso, deberá levantarse un acta de mediación, en lo posible firmada por todas las partes y se entregará copia de ésta a quien de ellas la solicite; luego se remitirá al tribunal correspondiente, y con esto se levanta la suspensión y se reactiva el proceso.

- b) *Término de la mediación por frustración de ésta*: El artículo 109 en su inciso final y el artículo 73 de la Ley de Matrimonio Civil, señala los casos en que la mediación se frustra (es decir implica su término):
- ❖ Citado dos veces, una o ambas partes a la sesión inicial, esta o éstas no asisten, sin exponer causa justificada. La Ley de Matrimonio Civil, establece una consecuencia desfavorable que deberá considerar el juez dicha circunstancia, al momento de regular las costas.
  - ❖ En general, durante el transcurso del proceso, si el mediador adquiere la convicción de que no se obtendrán acuerdos.
  - ❖ Las partes no estuvieren en igualdad de condiciones, y dicha situación subsistiera pese a la adopción de medidas o éstas no fueren suficientes (en concordancia con el artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil).

En estos casos se levantará un acta de mediación, en la cual se dejará constancia del término de ésta, sin agregar otros antecedentes.

- c) *Término de la mediación por adopción del acuerdo*: Lo óptimo será que la mediación finalice con el acuerdo que dirima las controversias que existen entre las partes.

## 6.- Acta de Mediación:

El **acta de mediación** se recoge en el **artículo 109 de la Ley de Tribunales de Familia** y el **artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil** que prescriben: "En caso de llegarse a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes.

El acta deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

También se levantará un acta de mediación, si esta se frustrare, en la cual 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 quien lo solicitase de ellos y se remitirá al tribunal respectivo, terminando la suspensión del procedimiento con ello".

La **Ley de Matrimonio Civil** difiere en cuanto al valor del acta aprobada judicialmente, pues le confiere carácter de transacción judicial. Dicho tratamiento no difiere en cuanto a los efectos, pues en ambos casos la ley les confiere herramientas semejantes en cuanto a su cumplimiento.

En las leyes en comento, no se ha previsto el supuesto de que el acuerdo sometido a la aprobación del juez sea rechazado por ser contrario a Derecho. Dejamos planteada la siguiente interrogante: ¿Procederá la devolución del acuerdo a las partes a fin de subsanar los defectos respectivos para una posterior aprobación?, ¿El juez podrá aconsejar las soluciones para subsanar los errores contenidos en el acuerdo?, ¿Implicará la frustración de la mediación el rechazo del acuerdo?

Durante el **VII Seminario de Actualidad Jurídica Chilena**, realizado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en agosto de 2005, le consultamos al respecto a la jueza del Tercer Tribunal de Familia de

Santiago, doña **Olga Negroni**, quien señalo que en esta materia: “Nos hemos planteado esa duda, han surgido varias opiniones al respecto, la primera posibilidad es devolver el acuerdo a las partes a fin de que éste sea subsanado y no frustrar la mediación, y la segunda posibilidad en virtud del principio de la colaboración sería aprobar todo aquello que no fuere contrario a derecho de modo de obtener un acuerdo parcial y en lo restante someterlo a conciliación; sin embargo estos son criterios consensuados a priori”.

#### 7.- Costos de la mediación:

El artículo 113 de la Ley de Tribunales de Familia y artículo 79 de la Ley de Matrimonio Civil, prescriben que el valor o costo de los servicios de **mediación** deberán pagarlo las partes, de acuerdo al arancel que determine anualmente el **Ministerio de Justicia**. Quedan exentos de pago, quienes cuenten con privilegio de pobreza o sean patrocinados por las Corporaciones de Asistencia Judicial.

El Ministerio velará por una adecuada oferta de mediadores y podrá contratarlos mediante licitación pública o celebrar convenios, en los términos que señala la ley y exprese el Reglamento que se dictará.

#### **E) Requisitos para ser Mediador y su responsabilidad. El Registro de Mediadores.**

Para ser mediador en la nueva judicatura de familia, por regla general se deberá estar inscrito en el Registro de Mediadores. Sin embargo, recordemos que en la **Ley de Matrimonio Civil**, se faculta a las partes para que de común acuerdo, designen a una persona que no esté inscrita en el Registro de Mediadores.

En ambas leyes se menciona el Registro de Mediadores, con una regulación distinta, por lo que se plantea la interrogante sobre si se refieren al mismo o no, dicha inquietud subsistirá mientras no se dicte el Reglamento de la Ley de Tribunales de Familia.

El Registro de Mediadores es una nómina, en la cual se inscriben las personas habilitadas, permanentemente actualizado por las Secretarías Regionales Ministeriales, con las formalidades establecidas en el Reglamento del Ministerio de Justicia (**artículo 110 de la Ley de Tribunales de Familia y artículo 77 de la Ley de Matrimonio Civil**). En dicho Registro, todos los mediadores se individualizarán con sus nombres; se consignará el ámbito territorial en que prestarán servicios, que corresponderá a lo más, al territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones o de varias, siempre que se encuentren en una misma región; y, si procediere su pertenencia a una institución o persona jurídica (**artículo 110 de la Ley de Tribunales de Familia**).

La **Ley de Matrimonio Civil en su artículo 77**, añade al respecto que deberá señalarse si corresponde, su pertenencia a una entidad religiosa de Derecho Público o a otra institución que goce de personalidad jurídica

El Ministerio de Justicia proporcionará a las Cortes de Apelaciones, la nómina de los mediadores habilitados en su respectivo territorio jurisdiccional (**artículo 110 de la Ley de Tribunales de Familia**). El **inciso tercero del artículo 77 de la Ley de Matrimonio Civil**, establece idéntica obligación, pero para con los tribunales, y no con la Corte de Apelaciones.

El **ámbito territorial en que prestan servicios los mediadores inscritos**, corresponderá a lo menos al territorio jurisdiccional de un tribunal de primera instancia con competencia en los asuntos de familia, y como límite el territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones o de varias siempre que se encuentren en una misma región (**artículo 110 de la Ley de Tribunales de Familia**).

Para estar inscrito en el Registro de Mediadores, se requiere cumplir con los siguientes **requisitos** (artículo 111 de la Ley de Tribunales de Familia):

- i. Poseer un título idóneo de una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, determinado en el Reglamento.
- ii. No haber sido condenado u objeto de una formalización de investigación criminal, en su caso, 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.
- iii. Otros requisitos complementarios de especialización en mediación familiar, que se establezcan en el Reglamento respectivo.
- iv. El artículo 110 de la Ley de Tribunales de Familia, agrega un cuarto requisito, cual es, disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en la comuna asiento del juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación.

En el **artículo 78 de la Ley de Matrimonio Civil**, y el **artículo 36 de su Reglamento**, se recogen en similar forma los requisitos para ser mediador:

- i) Poseer un título idóneo de una institución de educación superior del Estado o reconocido por el Estado,
- ii) Poseer un título o diploma de especialización en materia de mediación de conflictos familiares, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste. Dicho título o diploma deberá acreditar estudios de, a lo menos, 180 horas teóricas y 40 horas de práctica o pasantías. Del total de horas teóricas, un mínimo de 80 deberán estar centradas en el proceso de mediación.
- iii) No haber sido condenado u objeto de una formalización de investigación criminal, en su caso, por delitos que merezcan pena aflictiva, por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal, ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar.
- iv) Disponer de a lo menos una oficina situada en el territorio jurisdiccional de la o las Cortes de Apelaciones de que dependieren el o los

tribunales de su competencia. Las oficinas deberán estar dotadas de las condiciones que permitan un adecuado, expedito y reservado desarrollo del proceso de mediación.

**María de la Paz Donoso y Deborah Levit**<sup>203</sup>, plantean la inquietud sobre la ausencia de la consideración a la persona del mediador, en cuanto sujeto integrado por procesos de socialización propios, valores, perspectivas de la realidad, entorno familiar y social, etc.; lo cual podría expresarse en la exigencia de exámenes psicológicos por ejemplo. Esta inquietud se vincula a la neutralidad requerida para el mediador, que le exigirá la independencia a sus propias ideas y juicios, para la dirección del proceso. Agregan la falta de las premisas básicas para desarrollar la labor de mediador, como la imparcialidad, el protagonismo, y la propia neutralidad.

El **artículo 41 del Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil**, contempla una figura nueva, la suspensión de la inscripción en el Registro de Mediadores, en caso que el mediador se viere impedido de desempeñar sus funciones, podrá solicitar la suspensión de su inscripción.

Para que proceda esta figura, el Reglamento establece los siguientes requisitos:

- ❖ Deberá solicitarse expresamente,
- ❖ Y que el impedimento sea superior a 40 días.

Se prevén causales de eliminación del Registro de Mediadores en el **artículo 112 de la Ley de Tribunales de Familia**, el cual señala: “Los mediadores inscritos serán eliminados del Registro por el Ministerio de Justicia, en caso de fallecimiento o renuncia. Asimismo, serán eliminados del Registro en caso de pérdida de los requisitos exigidos para la inscripción o de cancelación de las mismas, decretadas por las Cortes de Apelaciones competentes”. También en el Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil se

---

<sup>203</sup> **DONOSO María de la Paz, LEVIT Deborah:** (n.137), p.5.

prescriben causales de eliminación del Registro, en el artículo 42 del Reglamento.

La Responsabilidad del mediador en el ejercicio de sus funciones, puede ser de carácter disciplinaria, civil y penal. Con respecto a las dos últimas se aplican las reglas generales.

El artículo 112 de la Ley de Tribunales de Familia, establece la responsabilidad disciplinaria del mediador, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas a los mediadores o si abusaren en el desempeño de sus funciones.

Es competente para conocer de éstas, las **Cortes de Apelaciones**, a petición del interesado, de la institución o persona jurídica a que pertenezca el mediador, de cualquier juez con competencia en materias de familia o de la Secretaría Regional Ministerial de Justicia respectiva.

La Corte de Apelaciones resuelve con audiencia de los interesados, pudiendo utilizarse todos los medios de prueba aptos para formarse convicción.

Las **sanciones** pueden consistir en **amonestaciones o suspensión** en el ejercicio de la actividad por un período no superior a seis meses. Asimismo en casos graves, podrá decretarse la **cancelación de la inscripción**, la cual inhabilita al mediador sancionado para solicitar una nueva inscripción.

Las medidas disciplinarias impuestas, son susceptibles del recurso de reposición y apelación por el mediador sancionado, debiendo procederse en la forma establecida por el **Código Orgánico de Tribunales sobre Jurisdicción Disciplinaria, específicamente el inciso segundo y tercero del artículo 551.**

La resolución definitiva, será comunicada a la **Secretaría Ministerial de Justicia respectiva** para su cumplimiento, teniendo efecto en todo el territorio nacional.

Si la sanción es la suspensión, el afectado deberá continuar, hasta su término, con aquellos asuntos que se le hubieren encomendado en forma previa; si se trata de cancelación, el mediador quedará inhabilitado para actuar, debiendo procederse a una nueva designación respecto de los asuntos que tuviere pendientes.

El mismo procedimiento se seguirá, si **el mediador pierde los requisitos que lo habilitan como tal** y cuyo cumplimiento le permitió inscribirse en el registro respectivo.

El **Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil**, respecto a la **responsabilidad disciplinaria**, establece la misma competencia de la Corte de Apelaciones del territorio jurisdiccional donde ejerza su función el mediador, para conocer de los reclamos que los particulares hicieren con ocasión de la actuación realizada por el mediador en el proceso de mediación, conforme al procedimiento establecido en el **párrafo V, artículo 61 al 67 del Reglamento**.

Son consideradas **infracciones**, el incumplimiento del deber de información a las partes en la sesión inicial, el incumplimiento del deber de cerciorarse de la igualdad de las condiciones de las partes para adoptar acuerdos, y de la proposición o adopción de las medidas necesarias para obtenerla, el incumplimiento del deber de consideración de los hijos y demás interesados, la falta de declaración de una causal de impedimento que le afectare y de la cual hubiere tenido conocimiento al momento de comunicársele su designación, el incumplimiento del deber de reserva o confidencialidad, entre otras previstas en el **artículo 58 del Reglamento**.

A fin de fiscalizar la actividad desempeñada por los mediadores registrados, éstos deberán evacuar semestralmente un **informe** al Ministerio de Justicia, a través de la Secretaria Regional Ministerial respectiva, conforme al **artículo 48 del Reglamento**.

También estarán sujetos a **inspecciones**, a cargo de personal del Ministerio de Justicia, conforme al **artículos 52 a 56 del Reglamento**.

## IV.- EL ROL DEL ABOGADO EN LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA.

### A) El abogado en los Tribunales de Familia:

Desde una raíz etimológica, la palabra abogado viene del latín “*advocatus*”, que quiere decir “llamado”, “*ad auxilium vocatus*”, “llamar a favor de”. De esto, se deriva una idea del rol que han tenido los abogados en la sociedad: profesionales liberales cuyo papel es llevar a los tribunales la voz de sus patrocinados, para ayudar al logro por parte de éstos, del triunfo del derecho y la justicia; poniendo en claro la verdad de los hechos en forma desapasionada; siendo intermediarios entre el litigante y el juez, para hacer más efectiva y segura su defensa.

El **Diccionario de la Real Academia** define al abogado como: “*Perito del derecho positivo que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, y también dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan*”.

El **Código Orgánico de Tribunales** en su artículo 520, lo define como “*personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes*”

Todas estas definiciones<sup>204</sup> concuerdan, especialmente nuestra legislación, en el papel del abogado como defensor de los derechos y la justicia.

Dicho rol lo ejerce, conforme al modelo que inspira nuestro sistema de justicia formal, en los procesos judiciales<sup>205</sup>, caracterizados por ser adversariales, demorosos, técnicos y costosos, que buscan el pronunciamiento favorable a su pretensión por parte del juez (expresión del binomio yo gano – tu pierdes).

Pero actualmente este rol del abogado (“tradicional”), está experimentado transformaciones al igual que nuestro Derecho.

En primer lugar, existe una tendencia en las reformas hechas a diferentes aspectos de nuestra legislación, a promover la participación ciudadana, a través de la comparecencia personal de las partes, a fin de agilizar su acceso a la justicia y rebajar los costos propios de un proceso; dichos objetivos son comunes a la introducción de los MARC en nuestra cultura jurídica; configurándose como una excepción al **artículo 1 de la Ley Nº 18.120 sobre comparecencia en juicio**. Manifestación de estos cambios son por ejemplo, en materia de protección al consumidor, en procedimientos en los Juzgados de Policía Local, y en materia de menores.

Siguiendo esta tendencia, la **Ley Nº 19.968**, establece en su **artículo 18**, a propósito de la comparecencia en juicio lo siguiente: “En los procedimientos que se sigan ante juzgados de familia, las partes podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordene expresamente, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado”. Por lo tanto, la regla general de comparecencia será personal.

---

<sup>204</sup> **GAETE Loreto**: “El abogado en la mediación”, Revista CREA, número 3 año 2003, universidad Católica de Temuco, p. 220.

<sup>205</sup> Generalmente se asocia al abogado con el proceso, sin embargo éste no es el único (e incluso mayoritario) campo de acción de un abogado; pues existen una serie de alternativas para el ejercicio de la profesión.

Esta idea se refuerza por el **artículo 60** de la misma ley, sobre la comparecencia a audiencia preparatoria, que señala: “Las partes deberán concurrir personalmente a esta audiencia y a la de juicio”.

Así, *en teoría*, la labor del abogado se restringe a la opción de las partes, pues no es un requisito obligatorio.

Siguiendo el texto de la ley, las partes deberán concurrir asesorados o representados por abogados si:

- ❖ Si el juez lo requiera expresamente, por ejemplo en los casos en una de las partes compareciere en juicio patrocinada o asesorada por un letrado.
- ❖ Si el juez eximiera a la parte de la comparecencia personal, según lo prescrito en el inciso segundo del **artículo 60**.

Pero la presencia de los abogados en el ámbito judicial, no obstante la redacción de la ley, es una práctica social asentada en nuestra cultura jurídica; así es probable augurar, si bien la posibilidad de comparecer personalmente, que las partes que puedan acceder a la asesoría de un letrado, sea en forma privada o a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial u otras entidades que presten servicios gratuitos, continuarán asistiendo patrocinados por estos profesionales<sup>206</sup>.

En el **ámbito extrajudicial**, se potencia el rol del abogado para actuar como asesor o negociador (pues antes de la ley, existía la posibilidad de pactar acuerdos previos en todo tipo de materias transigibles). Por ejemplo en la redacción de transacciones cuya aprobación se requiriera al tribunal correspondiente, como lo permite implícitamente el **artículo 103 inciso 2 de la Ley que crea los Tribunales de Familia**.

También podrá sugerir a las partes sobre la conveniencia de someter su conflicto a mediación. Para esto, será necesario que el abogado conozca los diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos, a fin de

---

<sup>206</sup> Si bien existe la percepción negativa respecto a la presencia de los abogados, también el mandato judicial recibe observaciones favorables por parte de los usuarios, bajo las expresiones “de sentirse más seguro”, “necesidad de que exista un tercero representante de las partes para la negociación”, etc.

informar a su posible cliente sobre todas las posibilidades de solución a su conflicto.

## B) El abogado en la mediación familiar:

El abogado puede participar en la mediación familiar, sea como mediador o como asesor de una de las partes o del propio mediador.

Con respecto a la primera posibilidad, existen diversas posturas sobre la participación del abogado como mediador familiar<sup>207</sup>:

i) Aquellos que están en contra que un abogado participe como mediador: postulan las siguientes razones:

- ❖ Los abogados no están acostumbrados a resolver los conflictos por medio de un proceso, que no sea el litigio ante los tribunales de justicia. En su estudio y durante el transcurso de su carrera profesional han solucionado los conflictos presentados por sus clientes, por medio de este sistema tradicional de resolución de conflictos, y en forma muy esporádica por medio de formas alternativas, como la mediación. Por ello, al ser los tribunales de justicia, la manera más normal y más usada, tienden a pensar que es la más efectiva, lo que trae como consecuencia desconfianza, en cuanto a si hay otros medios eficaces para la resolución de estos conflictos.

---

<sup>207</sup> GAETE Loreto: (n.204), p.221.

- ❖ Los abogados piensan que, a través de la mediación, no se estarían cumpliendo con las normas constitucionales del debido proceso, ni las normas que regulan los derechos y deberes de las personas.
- ❖ No es necesario tener conocimientos jurídicos para ser mediador, por tanto, cualquier otro profesional podría desempeñar esta función, y estaría más capacitado que un abogado, quien por sus propios estudios y ejercicio profesional, estaría deformado, con una “mentalidad litigiosa”, de la que no se podría desligar y que va en contra del espíritu y características que debe tener un mediador.

ii) **Aquellos que piensan que el abogado puede participar en un proceso de mediación**, señalan los siguientes fundamentos:

- ❖ El abogado tiene conocimientos de cómo se tratan los conflictos, de cómo se enfrentan, de cuáles son los verdaderos intereses contrapuestos, qué necesidad conllevan, cuáles son posiciones y no intereses, etc., ya que, sea cual sea su actividad, generalmente en su ejercicio profesional están enfrentados a ellos.
- ❖ El abogado mediador podrá orientar las soluciones del conflicto dentro del marco jurídico y de la norma, aunque sólo orientar y no imponer, con el objeto que el acuerdo alcanzado sea firme y eficaz, pudiendo dar a conocer a las partes los verdaderos efectos o secuelas que a largo plazo tendrá el posible acuerdo alcanzando, en base a la experiencia de su ejercicio profesional.
- ❖ Al ser la mediación un ámbito en cual el principio de la autonomía de la voluntad está absolutamente presente, el mediador abogado está en buenas condiciones para saber hasta dónde puede llegar esta autonomía de la voluntad que no podrá ir en contra del orden público ni el interés superior del bien común.
- ❖ Si consideramos que el mediador debe ser especializado según la materia del conflicto de que estemos tratando y que tanto abogado como otros

profesionales pueden llegar a ser mediadores, igualmente, en el evento que otro profesional no fuera abogado, por ejemplo psicólogo, debe estar siempre acompañado de otro mediador que sea abogado, para ello existe la co-mediación. Así por una parte tendremos a un profesional especializado en la materia del conflicto en el cual estemos tratando, y que puede orientar a las partes en estos temas, pero por otra parte tendremos al profesional abogado, quien cooperará otorgando sus conocimientos jurídicos, indicando los derechos que se deben respetar, y en qué marco legal y jurídico se debe dar el acuerdo.

Analizando ambas posturas, la participación de un abogado como mediador no es un obstáculo para la misma. Perfectamente los abogados pueden tener actitudes pacíficas, con vistas a un resultado más cooperativo. De hecho, una de las ciencias sociales circundantes a esta materia es el Derecho, tanto así que progresivamente se está incorporando en las aulas universitarias su enseñanza. Lo anterior permite, un nuevo enfoque de las soluciones extrajudiciales (o bien un refortalecimiento dado que éstas siempre han existido) en los profesionales actuales.

Para finalizar este punto, la práctica demuestra la existencia de numerosos mediadores, cuya profesión de origen es el Derecho. Un ejemplo para ilustrar esto: Una de las exposiciones realizadas ante la **Comisión de Familia**, de **Clara Salgado**, **Leonor Alliende**, **Sandra Pérez**, y **Jorge Burgos**, representantes del **Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana**, señaló que uno de los beneficios del trabajo en equipo que se generaba en dicho centro entre profesionales de distintas vertientes disciplinarias, era que los abogados, lograron enriquecer su apreciación de los conflictos con la ayuda de psicólogos y asistentes sociales, lo que les permitía también, al actuar como mediadores, sugerir soluciones más variadas, que van en beneficio de las partes. El aporte de otros profesionales les había permitido entender que los problemas de las personas son mucho más complejos de lo que

aparentan y que no es posible resolverlos desde la perspectiva de una sola disciplina.

Para la **participación de los abogados, como mediadores en un proceso de mediación**, recordaremos lo expuesto a propósito de los mediadores en los capítulos anteriores.

Con respecto a la segunda hipótesis, es decir, **la participación de los abogados como asesores de las partes**, durante la redacción del **Informe de la Comisión Unida de Familia y Constitución, Legislación y Justicia**, la diputada **Guzmán** señaló que, a su parecer, la presencia de los abogados en la mediación como asesores de las partes, tendería a judicializar el conflicto, sosteniendo que la mediación más pura se da por la participación directa y personal de las partes, procediendo su presencia en la audiencia en que se apruebe el acuerdo alcanzado con el mediador.

La diputada **Allende** coincidió con tal opinión agregando que la presencia de letrados desnaturalizaría la mediación y desincentivaría la posibilidad de alcanzar acuerdos.

Los **representantes del Ministerio de Justicia** señalaron que no resultaba posible impedir a las partes asistir con sus abogados a la audiencia, sin perjuicio, además, que la imposición de una prohibición de tal naturaleza, seguramente, provocaría la oposición de los profesionales al mecanismo mediador, lo que redundaría en un potenciamiento de la vía judicial.

Agregaron que, además, la experiencia demostraba que la presencia de letrados facilitaba alcanzar acuerdos, señalando que, por otra parte, en la carrera de derecho se estaba incluyendo este tema en las mallas curriculares, con lo cual se entregaba capacitación sobre la materia a los futuros abogados.

En la **discusión en el Senado de la Ley**, el **Ministro de Justicia, Luis Bates** expuso: "Para los abogados que participan en procesos de esta naturaleza, significa un desafío cultural que consiste en pasar de la cultura

del litigio a la del amigable componedor, conciliador o mediador, con salvaguardia de los recíprocos intereses de las partes y prioritarios al interés personal. Dicho desafío tiene que ver con la inclinación de la deontología forense hacia la amigable composición del litigio y el incremento de los valores éticos”.

En el caso que **los abogados participen como asesores de una de las partes involucradas**, ésta puede verificarse en distintas etapas<sup>208</sup>:

- ❖ **Premediación:** Al sugerir a una de las partes interesadas en un conflicto familiar, que hubiere concurrido hasta su oficina particular en busca de orientación previa a un juicio, la procedencia de la mediación, al considerarla la vía más idónea para la solución de su problema. Esto requerirá, como señalamos anteriormente el conocimiento de los diferentes métodos contemplados en la nueva Judicatura de Familia, a fin de que pueda visualizar la vía eficiente para la solución de los conflictos que afecten a su cliente.
- ❖ **Mediación:** Pueden participar en calidad de asesores de las partes, sea en la sesión inicial o durante las reuniones individuales o conjuntas que se realizaren durante el proceso, a requerimiento de su asesorado y/ o del mediador, hasta la última reunión en que se firme el acuerdo respectivo con el objetivo de comprobar el respeto a los intereses de su cliente.
- ❖ **Post mediación:** Puede colaborar en la redacción del acuerdo final, tramitar la homologación o aprobación de éste que debe solicitarse al juez respectivo, así como exigir su cumplimiento. También podrá participar en las futuras modificaciones del acuerdo adoptado, pues una característica del conflicto familiar es su dinámica, que implica cambios sucesivos en las relaciones de las partes.

Algunos autores advierten que la actividad litigiosa desarrollada por los abogados, puede heredar una disposición negativa hacia los MARC, pues

bajo su óptica personal el juicio les reportará mayores utilidades. Aunque esto puede contrargumentarse, pues la mediación le reportará honorarios al abogado en un tiempo menor al requerido para la dictación de una sentencia. Sin embargo dicha apreciación es una teoría que en la práctica puede o no germinar.

Recordaremos lo expuesto a propósito de la comparecencia de los abogados dentro de la nueva judicatura; agregando que más que la supuesta mentalidad litigiosa, quizás la desinformación pueda constituir una traba superable para la participación de los abogados en esta área.

La presencia de los abogados en la mediación conlleva una serie de ventajas, como por ejemplo facilitar la comprensión de la normativa aplicable, revisar la legalidad del acuerdo adoptado a fin de que no sea rechazado por el juez por ser contrario a Derecho, en caso de que una de las partes asistiere con abogado, la otra también debiera contar con un asesor para mantener la igualdad, si una de la partes estuviere en una posición desmejorada en comparación a la otra el abogado podrá intervenir con el fin de otorgar las herramientas necesarias a la primera que le permitan negociar, etc.

En caso de omitirse la intervención de los letrados, los autores señalan que se potencia la autocomposición, por lo que el acuerdo alcanzado, es el resultado directo y personal de la negociación entre las partes, permaneciendo en ellas el protagonismo.

Si las partes optaren por la presencia de abogados en la mediación, deberá delimitarse su campo de acción, a fin de que los participantes no trasladen su protagonismo hacia estos profesionales. El discurso inicial puede ser la oportunidad óptima para que el mediador explique la función de los abogados, vinculándose a la exposición sobre las características de la mediación, en especial, el protagonismo.

---

<sup>208</sup> **GUEREN Macarena, PASCAL Magdalena, VALLE Constanza**, “*Formación y rol del Abogado en la Mediación*”, III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos, Viña del mar, 2004. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

Dicha intervención, exigirá al abogado conocer las características inherentes de la mediación, sus objetivos, principios (en especial el protagonismo), sus ventajas y desventajas, y el ejercicio de simplificar su lenguaje, a fin de facilitar la comprensión de los asesorados en pro de un acuerdo resolutor.

## CONCLUSIONES:

1. El conflicto, sea que se presente entre dos o más individuos, es inherente a la naturaleza humana, y por lo tanto a la sociedad, siendo una situación presente a lo largo de la historia del hombre.

Las dos grandes guerras del siglo pasado, originaron el interés por el estudio del conflicto, surgiendo la necesidad de elaborar científicamente una **teoría del conflicto** en la comunidad, con la finalidad de que sus miembros pudieran enfrentarlo y con ello reestablecer el orden social. Es decir, su primer objetivo, fue la prevención del mismo.

Así, se elaborara una **Teoría de Conflictos** a secas, que trata sobre el conflicto en general, como un fenómeno universal, que trata sobre lo que es esencial a todas las especies del conflicto, porque el objeto de sus descripciones es el género conflicto.

2. Junto a los estudios sobre el conflicto, se suma una nueva visión sobre éste; distinta a la tradicional que lo desaprueba, por asociarlo a situaciones de triunfo / derrota. A partir de los estudios de **Deutsch**, se reemplazará la visión negativa, censurable o intolerable del conflicto, por aquella que considera que puede cumplir funciones importantes y positivas, como contribuir a establecer límites de grupo mediante el

fortalecimiento de la cohesión dentro de él; reducir la tensión incipiente al poner los problemas de manifiesto y ayudar a determinar normas de grupo.

Otra ventaja que se le reconoce al conflicto, es su idoneidad para generar energía creativa y susceptible de mejorar situaciones. Recordando las palabras de **Jandt**, “el conflicto es deseable pues se ha comprobado que, a través de éste, el hombre es creativo, más aún, una relación en conflicto es una relación, y no la ausencia de ella”.

3. Los métodos alternativos de resolución de conflictos, han estado, al igual que el conflicto, presentes durante toda la evolución del hombre, sin embargo, a mediados del siglo XX, la conflagración de determinadas circunstancias, gatillaron su difusión y sistematización al interior de los ordenamientos jurídicos. La matriz de ese movimiento MARC, es Estados Unidos, Canadá y Europa posteriormente.

Podemos señalar como un factor común para su introducción la insatisfacción popular por el funcionamiento lento y deficiente de la justicia formal, que subsistirá pese a las soluciones tradicionales de creación de nuevos juzgados, conllevará a la inserción de los MARC dentro de las políticas públicas para la modernización de la Justicia.

Los MARC se enmarcan en el anhelado Estado de Derecho, que asegura a todos sus ciudadanos acceso a la justicia y protección de sus derechos, a través de la oferta de otros medios de resolución de conflictos más rápidos, menos costosos y más convenientes.

4. Su mención de "alternativos" no alude a la pretensión de una privatización de la justicia, que busque su salida del marco institucional del Poder Judicial. Su carácter alternativo, no es sustitutivo del Poder Judicial, pues su incorporación tiene como objetivo la generación de opciones que permitan la resolución pacífica de los conflictos, no la sustitución o corrección de la Jurisdicción.

Tampoco implican una privatización de la justicia, pues la oferta por parte del Estado de mecanismos alternativos al pronunciamiento judicial, se enmarca dentro de sus obligaciones para con sus ciudadanos, dentro de los servicios de administración de justicia.

Así los MARC son perfectamente combinables con la creación de tribunales, dentro de la política modernizadora de la justicia; pues no son medidas contradictorias, no se oponen, sino que perfectamente pueden integrarse al sistema de justicia formal.

5. Tomando en consideración la observación anterior, se destacan en los MARC el rol de los participantes, ya sea en la decisión de resolver sus conflictos por una vía distinta a la judicial, la elección del método, las características particulares que el método elegido va adoptar, la finalización de éste y en la adopción del acuerdo respectivo.

También se caracterizan por las soluciones colaborativas adoptadas en éstos, pues el acuerdo puede beneficiar a todos los involucrados, incorporando los elementos particulares del conflicto en soluciones creativas propuestas por las partes.

En consecuencia, existe mayor grado de satisfacción personal y percepción positiva de la justicia de los participantes, que potenciara a su vez las expectativas de cumplimiento del acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior, se deberá estar al tratamiento legal de los MARC en los ordenamientos nacionales en que estén recogidos, a fin de determinar la concurrencia de las esferas de la voluntariedad antes señaladas.

6. Se destacan en los MARC, su amplio y variado campo de aplicación. Como ya lo expusimos, se encuentran en la resolución de conflictos, familiares, laborales, educacionales, criminales, comunitarios, ecológicos, civiles, comerciales, internacionales, etc.

7. Se consideran tradicionalmente como expresiones de los MARC, la conciliación, la mediación, la negociación, el arbitraje, etc. Respecto a esta última figura, existe discusión en la doctrina especializada, pues comparte elementos comunes con el proceso judicial (orden impuesto), como la adversariedad y la decisión del tercero, y elementos comunes con los MARC (orden negociado), como la voluntariedad de las partes (sujetarse a arbitraje, elección del árbitro, elección del procedimiento en el caso del arbitraje mixto o amigable conponedor, etc.) y ser un medio distinto al litigio de resolución del conflicto. Basadas en lo último, concluimos su pertenencia al grupo de los MARC.

8. La conciliación se destaca como MARC. Procede principalmente en los conflictos susceptibles de transacción. Ésta no sólo se inserta como una gestión dentro del proceso, sino también como un acto anterior a éste, y aun antes de él, como posible audiencia preventiva y saneadora de los intereses y derechos. En esta figura, el tercero no sólo dirigirá el proceso sino que también propondrá bases de acuerdo, a fin de adoptarse el acuerdo que resuelva la controversia.

9. Una de las figuras protagónicas dentro de los MARC es la mediación, en temas específicos como la educación, medio ambiente, vecinales, comunitarios, familia y de consumidores.

Su inserción en los ordenamientos jurídicos, es un factor importante en la modernización de la Justicia, situación común a la mayoría de los países latinoamericanos.

Podemos señalar que a través del desarrollo de la historia de la mediación, ésta ha sido practicada por personas dotadas de entrenamiento informal, y el rol del interventor se ha dado generalmente en el contexto de otras funciones o deberes. Sólo desde principios del siglo XX la mediación ha sido institucionalizada y convertida en una profesión aceptada.

El mediador ayuda a las partes a comunicarse no sólo en lo que respecta a su percepción del conflicto, sino también en lo referente al área emocional, incentivando la comprensión y tolerancia, la legitimación, el reconocimiento y autoeficacia, a fin de reestablecer y fortalecer las relaciones entre los intervinientes que faciliten el diálogo y adopción de un acuerdo.

En suma, la mediación es un proceso de resolución de conflictos y, cuando se integran con un sistema legal de apoyo, proporciona a los participantes, no sólo un plan de acción para el futuro, sino también un mayor sentido de satisfacción acerca del proceso al que se sometieron en relación con otros métodos de conciliación de desavenencias.

La mediación, en términos generales, tiene etapas definidas que comprenden una serie de técnicas para lograr los objetivos necesarios.

10. Una de las áreas más desarrolladas dentro de la mediación, es aquella que recae sobre los conflictos familiares. Esta figura permite abordar las particularidades del conflicto familiar, cuyos elementos integrantes no son susceptibles de reconducirse en la fórmula tradicional adversarial, además permite proteger las relaciones de las partes involucradas y proyectarlas hacia el futuro.

11. La familia, como sistema es un objeto de análisis para la mediación. Su conformación, estructura, tipos y dinámica, serán elementos a considerar por el mediador familiar.

12. La mediación familiar generalmente abordará los conflictos derivados de la separación de la pareja, como por ejemplo alimentos, cuidado personal, relación directa y regular del padre o madre que no tiene el cuidado de su hijo, etc.; pero también podrá abarcar temas no relacionados con el divorcio o separación. Una materia discutible en esta

área, es la violencia intrafamiliar y la participación de los niños, niñas o adolescentes en el proceso de mediación.

13. La familia en Chile durante el siglo XX, ha sufrido una serie de transformaciones, que ameritan la modificación de las normas que la rigen desde la época decimonónica. Estas reformas comenzaron en el aspecto sustantivo, como por ejemplo la **Ley Nº 19.355 sobre regímenes matrimoniales**, la **Ley Nº 19.585 sobre Filiación**. Sin embargo, las normas procesales no fueron adecuadas a dichos cambios.

14. Los compromisos contraídos por nuestro país en los Tratados internacionales suscritos, la crisis judicial provocada por la ausencia de tribunales especializados, la competencia diseminada de los asuntos relativos a la familia, la estructura deficiente de los tribunales, la judicialización de los conflictos familiares y la disfuncionalidad del modelo adversarial, impulsarán la creación de los Tribunales de Familia, como judicatura especial, al interior de la Reforma del Derecho de Familia.

15. Uno de las novedades de la **Ley que crea los Tribunales de Familia** es la incorporación de soluciones colaborativas, criterio bajo el cual, se regula la mediación familiar. En Chile, hasta la década de los noventa, la mediación es una figura doctrinaria, destacada sólo por el derecho comparado. No obstante, a partir de dicha época, sin la expresión de un marco normativo, se han ido implementando en diferentes áreas, a través de la práctica motivada por instituciones, como por ejemplo la **Dirección del Trabajo**, las **Corporaciones de Asistencia Judicial**, y **Cámaras de Comercio**.

16. Por lo tanto, la mediación familiar se encuentra actualmente recogida en la Ley de Tribunales de Familia y la Ley de Matrimonio Civil y su Reglamento. La mediación se establece en forma voluntaria por regla general, para todo tipo de materias. Estas normas, crean un sistema de

mediación externo cerrado por regla general a mediadores de registro, de financiamiento mixto, con un sistema de control, fiscalización y responsabilidad a cargo del Ministerio de Justicia y las Cortes de Apelaciones.

17. A la fecha de cierre de esta memoria, aún no se dictaba el **Reglamento de la Ley de Tribunales de Familia**, cuerpo necesario para completar el tratamiento coherente de la mediación familiar, dada la dualidad de normas existentes en la actualidad.

## BIBLIOGRAFÍA:

### 1.- Libros y manuales de Derecho utilizados:

ALLIENDE Leonor, BURGOS Jorge, CORREA Paula, PÉREZ Sandra, *El Proceso de Mediación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.002.

ARAVENA LEONARDO, *Tribunales de Familia*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, año 2.005.

BAEZA Gloria, PEREZ Jaime, *Los Nuevos Tribunales de Familia*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, año 2.005.

CASSARINO Mario, *Manual de Derecho Procesal*, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.000.

CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL, *Manual Examen Habilitante para Juzgados de Familia*, Poder Judicial, Santiago, año 2.004.

CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL REGIÓN METROPOLITANA, *Resolución Alternativa de Conflictos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.003.

COURT MURASSO EDUARDO, *Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Editorial Legis Chile S.A., Santiago, año 2.004.

DÍAZ URIBE Claudio, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial Conosur, Santiago, año 2.000.

ENTELMAN Remo, *Teoría de Conflictos*, Editorial Gedisa, Barcelona, año 2.002.

ETCHEVERRY Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.004.

FOLBERG y TAYLOR, *Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigios*, Editorial Limusa, México DF, año 1.997.

GIRARD Kathryn, KOCH Susan: *Resolución de conflictos en las escuelas*, Editorial Granica, Buenos Aires, año 1.997.

GOZAÍNI Osvaldo, *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, año 1.995.

HIGHTON Elena, ALVAREZ Gladys: *Mediación para resolver conflictos*, Editorial Buenos Aires, Argentina, año 1.995.

HOBBSAWM Eric, *Historia del Siglo XX*, Editorial Crítica, Buenos Aires, año 1.998.

HORVITZ María Inés, *Derecho Procesal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.003.

LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Matrimonio Civil: Nuevo Régimen*, Editorial Librotecnia, Santiago, año 2.003.

LÓPEZ DÍAZ, Carlos: *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Editorial Librotecnia, Santiago, año 2.005.

MINISTERIO DE JUSTICIA: *Mediación Familiar, sistematización de una experiencia*, Programa de Resolución de Conflictos Anexo a Tribunales-Mediación Familiar, Santiago-Valparaíso, año 2.000.

POLITOFF Sergio, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.004.

RAMOS PAZO René: *Derecho de Familia*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.001.

RAE, *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Editorial Espasa – Calpe S.A. Vigésima primera edición, año 1.992.

SCHILLING FUENZALIDA Mario, *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, año 1.999.

SUARES Marinés, *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós, Buenos Aires, año 2.002.

2.- Artículos de revistas, publicaciones institucionales, apuntes de clases y memorias de grado utilizados:

ACEVEDO Andrea, CATALDO Ximena, "*La Conciliación en materia laboral*", Memoria para optar a tesis de grado, Universidad Central, año 2.000.

AERTSEN Ivo, "*La Justicia Restauradora en una perspectiva europea*", Cuaderno de Criminología, número 10, Instituto de Criminología, Santiago, año 2.000.

ALLIENDE Leonor, "*Mediación Familiar, un desafío posible*", Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, año 3 número 6, Santiago, septiembre 2.004.

ALVAREZ Gladys, "*Estudio de experiencias comparativas en resolución alternativa de disputas*", Buenos Aires, año 2.004, en <http://www.cejamerica.org/marc/documentos/>.

ALVAREZ, Gladys, "*Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Procesos Judiciales: Experiencias Argentinas*", Oficina de Programas y Derecho Interamericano. En <http://www.oas.org/>.

ANDUEZA Pablo: "*Orden impuesto y orden negociado en el campo de resolución de conflictos jurídicos*". Estudios sociales n° 92 trimestre 2 año 1.997. CPU. Santiago.

ARENAS Jessica, "*La mediación como mecanismo de resolución de conflictos familiares*", El observador N° 3 segundo trimestre, año 2.003.

ARROYO Leonor, BALTERA Pablo, BOLIVAR Ernesto, ESPINOZA Malva, "*Mediación laboral: Antecedentes y reflexiones acerca de una experiencia*

*innovadora*”, Aportes al Debate Laboral número 12, Dirección del Trabajo, Santiago, año 2.003

BALBONTÍN Alberto, *Apuntes de clases de Derecho Procesal I*, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso.

BURGOS Jorge, PEREZ Sandra, “*La Mediación comunitaria*”, Boletín jurídico del Ministerio de Justicia, número 4, año 3, Septiembre de 2.004.

CERDA Ana María, “*Convivencia escolar y mediación entre pares, contexto institucional*”, Primera Jornada de Mediación y Políticas Públicas, Centro de Promoción Universitaria, Santiago, año 1.999.

CID Alejandra, SILVA Doris: “*Mediación Escolar*”, Revista CREA número 3, año 2.002, Universidad Católica de Temuco.

CORPORACIÓN DE PADRES POR LA IGUALDAD PARENTAL, *Declaración de Santiago de Chile 2.004*. En <http://members.tripod.cl/orientacionfamiliar/>.

CORREA CAMUS Paula, “*Los niños en la mediación familiar (Comentario al artículo de Macarena Vargas)*”, Revista de Derechos del Niño, número uno, año 2.002.

CREA. En <http://www.crea.uct.cl>.

CURI Sara, GIANELLA Carolina, “*Mediación en Divorcio y el derecho de los chicos a ser escuchados*”, Causa Justa, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, año 2, N° 2, Marzo 2.003, Mendoza. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

DALY KATHLEEN, "*Justicia Restaurativa: La historia real*", Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, año 2.003.

DEL VILLAR MASCARDI Waldo: "*El modelo Harvard en el nuevo procedimiento penal chileno*". En <http://www.camvalpo.cl/>.

DÍAZ Alejandra, "*La influencia del movimiento pro víctimas en la justicia restaurativa*", Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, año 2.003.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE RELACIONES LABORALES, "*Guía sobre trámites frecuentes en las Inspecciones del Trabajo*", Dirección del Trabajo, Santiago, año 2.004.

DONOSO Andrés, HAMEL Patricio, "*Entrenamiento en Habilidades en la persona del Mediador Familiar*", III Encuentro CEJA, Viña del Mar, Septiembre, 2.004. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES, "*La mediación Familiar, conceptos generales y legislación extranjera*", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Serie de Estudios N° 278, año XIII, Santiago, año 2.003

DONOSO María de la Paz, LEVIT Deborah, "*La mediación familiar, dentro del anteproyecto de ley que crea los tribunales de familia*", Centro de Estudios y Acción Familiar, Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez, Santiago, año 2.004. En: <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

EILBAUM Diana, "*El delgado límite entre la voluntad de las partes, la del mediador y su neutralidad*", III Encuentro CEJA, Viña del Mar, Chile, septiembre de 2.004. En: <http://www.cejamericas.org/>.

**FERNÁNDEZ Marcela:** “*La mediación como forma alternativa de resolución de los conflictos de familia*”, Apuntes de clase de Taller de Jurisdicción de familia, Primer Curso de Formación, año 2.005, Academia Judicial de Chile.

**FERNÁNDEZ Marcela:** “*Neutralidad, valores y familia, un espacio para el cambio cultural desde la libertad del individuo como ser lingüístico*”, III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de los conflictos, Viña del Mar, año 2.004. En <http://www.cejamercias.org/marc/documentos/>.

**FERNÁNDEZ Marcela:** “*Propuesta para el Desarrollo de los principios de la mediación según la regulación de la ley de Tribunales de Familia*”, Valparaíso, Agosto año 2.005, sin publicar.

**FERNÁNDEZ Marcela, GÓMEZ Paulina:** “*La mediación, una política de justicia horizontal a escala humana*”, Estudio de Teoría del Derecho, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, N° 21, año 2.003.

**FUHRMANN Ingeburg, ARMENGOL Vilma,** “*El mediador: Experto en abrir caminos que conectan*”, Centro de Estudio Sistémico, año 1.996. En: <http://www.estudiosistemico.cl/mediador.pdf>.

**FUNDACIÓN CHILE UNIDO,** “*Para entender la Mediación Familiar*”, Corriente de Opinión, N° 84, junio año 2.003, p.3. En <http://www-chileunido.cl>.

**GAETE Loreto:** “*El abogado en la mediación*”, Revista CREA, número 3 año 2.003, Universidad Católica de Temuco.

GARCIA CIMA DE ESTEVE, Elena, “*La mediación: una herramienta eficaz para la solución de los conflictos familiares*”, Revista Iberoamericana de Arbitraje, Córdoba, año 1.999. En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/>.

GIANELLA Carolina, CURI Sandra: “*Mediación y violencia Intrafamiliar en el contexto judicial*”, Revista La Ley Gran Cuyo, año 7, Nº 3, Mendoza, año 2.002. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

GORVEIN Nilda: “*La Mediación Familiar Interdisciplinaria: Un contexto para el cambio*”. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

GUEREN Macarena, PASCAL Magdalena, VALLE Constanza, “*Formación y rol del Abogado en la Mediación*”, III Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos, Viña del Mar, 2.004. En <http://www.cejamericas.org/marc/documenos/>.

INE, “Enfoque Estadístico Nº 6”, julio 2.000. En <http://www.ine.cl/>.

JANTZIV Vernon, “*Justicia Restaurativa en Nueva Zelanda: Práctica actual y desafíos estratégicos*”, Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, año 2.003.

LARRAÍN Cecilia, “*Sistemas alternativos de resolución de conflictos: Visión general y aplicación práctica*”, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año V Nº5, Santiago año 2.001.

LILLO Rodrigo, LIBEDINSKY Sofía: “*Todas las sociedades tienen ciertas normas, y en el caso del pueblo mapuche, estas normas exigen cierto compartimiento frente a todos los elementos de la naturaleza*” Entrevista al Machi Víctor Caniullan”, Revista CREA, número 3, año 2.002, Universidad Católica de Temuco.

MASTERS GUY, "*Reflexiones sobre el Derecho Internacional de la Justicia Restaurativa*". Revista CREA número 4, Universidad Católica de Temuco, año 2.003.

MINISTERIO DE JUSTICIA, "*Justicia de los Acuerdos*", Editorial del Boletín jurídico, año 3, número 6, septiembre 2.004.

MINISTERIO DE JUSTICIA, "*Tribunales de familia*", La Gran Reforma de la Justicia, Ministerio de Justicia, Santiago, año 1.997.

MONTES Paula, "*La mediación Oficiosa: Una nueva modalidad en la solución de los conflictos laborales colectivos*", la Semana jurídica, semana del 24 al 30 de junio, año 2.002, Editorial Lexis Nexis, Santiago.

MUÑOZ GARCÍA Carmen, "*Aspectos jurídicos de la mediación familiar*", Revista de Derecho Privado marzo- abril 2.003, Santiago, año 2.003.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, "*Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas judiciales de los países latinoamericanos*", Departamento de Asuntos Jurídicos, OEA, IV REMJA, Trinidad y Tobago, agosto 2.002. En <http://www.oea.org/>.

ORMACHEA Iván, "*Violencia Intrafamiliar y conciliación*", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 52, año 1.998. En <http://www.cejamericas.org/>.

PARKER Lynette, "*El uso de prácticas restauradoras en América Latina*", Revista CREA, universidad Católica de Temuco, número 4, año 4, Temuco, año 2.003.

PROGRAMA DE MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: "*El desarrollo de los MASC en el siglo XXI*", Seminario Internacional sobre métodos alternos en América Latina. Santa Fe de Bogota. Colombia. Julio 1.999. En <http://www.ucv.cl/biblioteca/agora/>.

QUINTANILLA Álvaro, Apuntes de clase, Derecho Civil III.

SALAZAR Deyanira, CID Alejandra: "*Una aproximación al tema de la mediación familiar y la violencia intrafamiliar*". En: <http://www.crea.uct.cl/>.

UNIFEM, *Leyes de Violencia Doméstica y sexual en América Latina y el Caribe Español*. En <http://www.isis.cl/temas/vi/catalog/present.htm/>.

UNIÓN EUROPEA, "*Libro verde sobre las Modalidades Alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*", Bruselas, año 2.002. En <http://www.ue.com/>.

TURNER SAELZER, Susana: "*Los tribunales de familia*", Revista Ius et Praxis, año 8, número 2, Universidad de Talca, año 2.002.

VADO GRAJALES Luis, "*Concepto e historia de la Conciliación*", Revista de la Universidad U. A. Q, número 10, semestre de julio-diciembre de 2.002, México D. F. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

VADO GRAJALES, Luis, "*Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*". En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

VALDERRAMA, Pablo: "*Los cambios en la familia chilena en las últimas décadas*", Unidad de Estudios y Publicaciones, número 103, Biblioteca Digital del Congreso Nacional, Valparaíso, año 1.999. En <http://www.bcn.cl/>.

VARGAS, Juan Enrique, *"Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como Alternativa de Política Pública en el Sector Judicial"*, II Jornadas de mediación y Políticas Públicas, CAJ Valparaíso, año 2.001. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos/>.

VARGAS PAVEZ, Macarena: *"Los Niños en la Mediación Familiar"*, Revista de los Derechos del Niño, N° 1, año 2.002.

VASQUEZ VARGAS, David, *"La mediación Familiar: Una mirada desde las ciencias sociales"*, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones N° 279, Julio 2.003. En <http://www.bcn.cl/>.

WAIMBERG Paulo, PALACIOS Juan Martín, *"Mediación Familiar – Emociones en juego"*. En <http://www.cejamericas.org/marc/documentos>.

YRIGOREN Raquel, *"El derecho indígena en los países andinos: ¿Mecanismo alternativo o jurisdicción propia?"*, Revista CREA, número 4, año 4, Universidad Católica de Temuco, año 2.003.

### 3.- Códigos, leyes, reglamentos y tramitación de proyecto utilizados:

ACTAS DE LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DE LA LEY N° 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, en <http://www.congresonacional.cl/leyes/proyectosdeley/tramites/>.

CÓDIGO CIVIL, Editorial Lexis Nexos, Santiago, año 2.004.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE CIVIL, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.002.

CÓDIGO DEL TRABAJO, Editorial jurídica de Chile, Santiago, año 2.004.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Editorial Lexis Nexos, Santiago, año 2.004.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.002.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Apéndice de la Constitución Política de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2.002.

LEY N° 19.946 DE MATRIMONIO CIVIL, Apéndice del Código Civil, Editorial Lexis Nexis, Santiago, año 2.004.

LEY N° 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, en <http://www.bcn.cl/>.

LEY N° 19.966 QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN SALUD, en <http://www.bcn.cl/>.

## INDICE:

### PRIMER CAPÍTULO:

#### SOBRE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

I.- SOBRE LA TEORÍA DE CONFLICTOS:.....	8
A) Sobre la necesidad de una teoría de conflictos.....	8
B) Los elementos del conflicto.....	12
C) El conflicto como proceso dinámico.....	22
D) La resolución o terminación del conflicto.....	26
II.- SOBRE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	32
A) ¿Qué son los MARC? Elementos para su conocimiento.....	32
B) Historia del movimiento MARC y los fundamentos de su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales.....	41
C) Algunas figuras reconocidas como MARC .....	57
1.- Negociación.....	58

2.- Mediación.....	59
3.- Conciliación.....	60
4.- Arbitraje.....	61
5.- Sistemas Espontáneos.....	63
6.- Otras figuras reconocidas como MARC en el Derecho Comparado.....	66
6.1.- Evaluación Neutral de Casos.....	66
6.2.- Ombudsman.....	67
6.3.- Jueces de Paz.....	68
6.4.- Mini juicio.....	69
6.5.- Oyente neutral.....	70
6.6.- Arbitraje Delegado.....	70
6.7.- Adjudicator.....	71
6.8.-Asesoramiento.....	71
<b>III.- SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN.....</b>	<b>73</b>
A) De la conciliación en especial.....	73
1.- Concepto y clasificaciones de la conciliación.....	73
2.- Naturaleza jurídica de la conciliación.....	77
B) De la mediación en especial.....	78
1.- Concepto.....	78
1.1.- El desarrollo del concepto de mediación.....	78
1.2.- La mediación desde las ciencias sociales.....	81
2.- Características de la mediación.....	86
3.- Ventajas de la mediación.....	88
4.- Naturaleza jurídica de la mediación.....	90
5.- Principios rectores de la mediación.....	91
5.1.- Neutralidad···.....	93
5.2.- Imparcialidad.....	98
5.3.- Voluntariedad···.....	99
5.4.- Confidencialidad.....	101
5.5.- Equilibrio de poder o igualdad de las partes.....	103

5.6.- Otros principios.....	104
<b>IV.- CAMPOS DE APLICACIÓN DE LOS MARC.....</b>	<b>106</b>
A) Los MARC en los conflictos educacionales.....	108
B) Los MARC en los conflictos comunitarios.....	112
C) Los MARC en los conflictos medioambientales.....	115
D) Los MARC en los conflictos civiles y comerciales.....	116
E) Los MARC en los conflictos penales o de la Justicia Restaurativa.....	123
F) Los MARC en los conflictos laborales.....	136
G) Los MARC en los conflictos familiares.....	142

## SEGUNDO CAPÍTULO:

### SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR:

<b>I.- LA FAMILIA.....</b>	<b>145</b>
A) El concepto de familia.....	145
1.- El concepto de familia desde el Derecho.....	145
2.- El concepto de familia desde una óptica sicosocial.....	149
B) Tipos de familias.....	151
1.-De acuerdo al número de integrantes.....	151
2.-En atención a si la pareja está casada o no.....	152
3.- En atención al número de padres que están al cuidado y/o viven con los hijos.....	153
4.- En atención a su dinámica.....	153
<b>II.- EL CONFLICTO EN LA FAMILIA.....</b>	<b>154</b>
<b>III.-SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....</b>	<b>162</b>
A) Concepto de mediación familiar.....	162
B) El mediador familiar.....	164

C) Etapas del proceso de mediación familiar.....	167
1.- Premediación.....	167
2.- Mediación propiamente tal.....	168
3.- Posmediación.....	173
D) Campos de aplicación de la mediación familiar.....	174
E) Sobre la violencia intrafamiliar y la mediación familiar.....	175
1.- La violencia intrafamiliar y su contenido.....	175
2.- De la violencia como materia mediable.....	177
3.- Las características de la mediación familiar en la violencia intrafamiliar.....	181
4.- El mediador en la violencia intrafamiliar.....	186
F) La participación de los niños, niñas y adolescentes en la mediación familiar.....	187
G) Experiencias comparadas en materia de mediación familiar.....	192
1.- Estados Unidos.....	192
2.- Canadá.....	197
3.- Unión Europea.....	200

### TERCER CAPÍTULO:

#### SOBRE LOS ANTECEDENTES

#### DE LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA.

I.- LA FAMILIA EN CHILE DURANTE EL SIGLO XX.....	204
II.- EL CONTEXTO JURÍDICO DE LA FAMILIA PRECEDENTE A LA REFORMA.....	211
A) La judicatura de menores como precedente a la Ley N° 19.968.....	213
B) La mediación en Chile antes de la nueva Judicatura de Familia.....	216

III.- EL PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.....	219
A) Objetivos, fundamentos y contenido del proyecto de ley.....	219
B) Tramitación del proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia....	228
C) Las fuentes formales del Derecho de Familia en nuestro país. La expresión de la reforma...	258

#### CUARTO CAPÍTULO:

### SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN EN LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA

I.- SOBRE LA CONCILIACIÓN EN LA LEY N° 19.968 SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA.....	264
A) Procedencia.....	264
1.- Procedimiento ordinario.....	264
2.-Procedimientos especiales.....	265
B) Escrituración de la conciliación.....	267
II.- SOBRE LA CONCILIACIÓN EN LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL.....	268
A) Procedencia de la conciliación.....	268
B) La audiencia de conciliación y sus objetivos.....	269
III.- SOBRE LA MEDIACIÓN EN LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA.....	272
A) Concepto de mediación.....	273

B) Procedencia de la mediación.....	274
C) Principios rectores de la mediación familiar recogidos en la Judicatura de Familia.....	276
1.- Igualdad de condiciones o equilibrio de poder.....	277
2.- Interés superior del niño, niña o adolescente.....	279
3.- Confidencialidad.....	282
4.- Imparcialidad.....	286
5.- Voluntariedad.....	288
D) Normas relativas al procedimiento de mediación contenidas en las leyes N° 19.947 y N° 19.968.....	288
1.- Oportunidad para disponer la mediación.....	288
2.- Designación del mediador.....	290
3.- Reglas del proceso de mediación.....	292
4.- Deberes del mediador.....	295
5.- Término de la mediación.....	296
6.- Acta de mediación.....	297
7.- Costos de la mediación.....	299
E) Requisitos para ser mediador y su responsabilidad. El Registro de Mediadores.....	299
IV.- ROL DEL ABOGADO EN LA NUEVA JUDICATURA DE FAMILIA.....	305
A) El abogado en los tribunales de familia.....	305
B) El abogado en la mediación familiar.....	308
CONCLUSIONES.....	314
BIBLIOGRAFÍA.....	320
INDICE.....	332

