



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

FACULTAD DE DERECHO

TESINA CORRESPONDIENTE A LA CARRERA DE DERECHO

LA MEDIACION FAMILIAR EN CHILE Y ARGENTINA, EXPERIENCIA
COMPARADA ALGUNAS CONCLUSIONES EN MATERIA DE EFICACIA

ESLAINNER FIGUEROA V

Profesor(a) Guía de la investigación: Ximena Moreno

Santiago, Mayo 2012

Índice

Resumen	-4-
Introducción	-5-
1.- El conflicto	-7-
2.- La Mediación.	-8-
2.1.- Características de la mediación.	-9-
2.1.1.-Procedimiento confidencial.	-9-
2.1.2.- Procedimiento esencialmente voluntario.	-10-
2.1.3.- Procedimiento flexible y desformalizado.	-11-
2.1.4.- Contexto de Cooperación y creatividad.	-11-
2.1.5.- Procedimiento rápido y económico.	-11-
2.1.6.- Neutralidad.	-12-
2.1.7.- Procedimiento Autocompositivo.	-12-
3.- El mediador.	-13-
3.1.- El Rol del mediador.	-13-
3.2.- Características del mediador.	-15-
4.- Las familias.	-16-
4.1.- Funciones de la familia.	-18-
4.2.- Las disputas familiares.	-18-
5.- Mediación familiar.	-19-
5.1.- Ventajas de la mediación Familiar.	-22-
5.2.- Mediación previa obligatoria.	-24-

5.3.-Marco legal de la mediación previa y obligatoria en Chile.	-24-
5.4.- Marco legal de la mediación previa y obligatoria en Argentina.	-25-
5.5.- Prohibición de la mediación en determinadas materias.	-26-
6.- Requisitos legales para ser mediador.	-28-
6.1.- Designación del mediador.	-29-
7.- El proceso de mediación.	-30-
7.1.- Duración de la mediación.	-31-
7.2.- Acuerdos del proceso de mediación.	-32-
7.3.- Costos de la mediación.	-33-
8.- Algunas mediciones en el sistema de mediación.	-33-
Conclusión	-39-
Bibliografía	-42-

Resumen

El presente trabajo investigativo pretende analizar de qué manera se incorpora la **mediación**, como método alternativo de resolución de conflictos, en los procedimientos relativos a materias de **familia**, además de observar y dar a conocer su impacto en la resolución del **conflicto** familiar. Para ello se examinarán las **legislaciones** de Chile y Argentina, las que reflejan diferentes realidades en el contexto latinoamericano. Mientras que para su evaluación consideraremos una primera aproximación en términos comparativos de la experiencia Argentina como la Chilena, en cuanto a su **eficacia**, se tomarán en cuenta factores como costos y **beneficios**, así también la percepción de los principales actores involucrados. A partir de estas primeras aproximaciones obtener las primeras conclusiones que nos podrán llevar a sacarle un mayor provecho a una tan importante herramienta procesal como es la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos en el ámbito familiar.

Palabras Clave: Mediación, familia, conflicto, legislación, eficacia, beneficios.

Abstract

This research work intend to analyze how incorporating mediation, as alternative dispute resolution in proceedings relating to **family** matters, apart from observe and to understand its impact in family **conflict** resolution. This will examine the **laws** of Chile and Argentina, which reflect different realities in the Latin American context. Whereas for evaluation will consider a first approximation in comparative terms of Argentina as the Chilean experience, as to its **effectiveness** were taken into consideration factors like as costs and **benefits** also the perception of key stakeholders. From these first approximations get the first conclusions that can carry us get profit of a important procedural tool like as **mediation** as an alternative means of conflict resolution in the family.

Key Words: family, conflict, benefits, laws, effectiveness, mediation.

Introducción.

Las relaciones de familia se caracterizan principalmente por su alto contenido afectivo y también, muy frecuentemente, por la existencia de situaciones generadoras de conflictos, los cuales no pueden ser tratados de la misma forma en que se tratan los demás asuntos que se tramitan ante tribunales de familia, dado que el litigio judicial se basa en un sistema de ataque y defensa, e incorpora medios de prueba sobre aspectos más íntimos de la familia, lo que en muchas ocasiones traerá, como inevitable consecuencia, una profundización del conflicto.

Al interior del núcleo familiar se establecen un sin número de relaciones paterno-filiales, conyugales y fraternales. Por lo que en ocasiones cierto tipo de conflictos que suceden al interior de la familia, son complejos de equiparar a cualquier otra controversia que se ventile ante tribunales.

Pese a la existencia de conflictos, al interior de la familia, en un momento determinado, los vínculos establecidos o que se generan en ella, seguirán existiendo. Por lo que se pretende adscribir a la mediación en un marco de cooperación, que tienda a mantener las relaciones al interior de la familia y a la vez solucionar el conflicto, posibilitando a los participantes a formar parte protagónica en la resolución de sus propias disputas sin deteriorar mayormente su relación.

Resulta interesante a partir de la experiencia comparada saber cómo se han llevado a cabo los procesos de reforma a la justicia de familia para posteriormente confrontarlos con la realidad chilena y así, tomarlo como referente, ya que en Argentina la mediación previa obligatoria fue incorporada por la ley 24.573 que rige desde el año 1995 en la capital federal (actualmente reformada por la ley 26.589). En nuestro país en cambio, desde diciembre del año 2009 es que la mediación (previa obligatoria) se hizo extensiva a todo el territorio nacional, además, las materias que deben ser sometidas a mediación previa obligatoria en Argentina son más que en nuestro país lo que denota que con el correr del tiempo se podrían llegar a concentrar más temas dentro de los sistemas de mediación y así optimizar el funcionamiento de los tribunales de familia.

Para esto se han tenido en cuenta una serie de estudios realizados con anterioridad a la legislación y puesta en marcha de la mediación familiar

en nuestro país, observando las distintas realidades comparadas, pero se ha querido tomar el caso de Argentina, por ser un referente además de latinoamericano más acorde a nuestra realidad social y cultural.

Con esta investigación se pretende, teniendo en consideración la información recopilada, determinar la relación existente entre los usuarios de los sistemas de mediación familiar tanto en Chile como Argentina, para luego poder observar los factores que podrían incidir en el grado de adhesión o deserción a este medio alternativo de resolución de conflictos. Y por último averiguar mediante los propósitos que se tenían en miras al dictar cada proyecto de ley si se cumple con los objetivos pretendidos al incorporar la mediación familiar como alternativa a la vía judicial.

Y a partir de estas primeras aproximaciones, posteriormente obtener las primeras conclusiones que nos podrán llevar a sacarle un mayor provecho a una tan importante herramienta, que es la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos en el ámbito familiar.

Preliminares:

Lo primero que debemos tener en cuenta al plantear esta tesina es la instauración de la mediación como alternativa a los procesos judiciales, ella nace por la necesidad de solucionar determinadas controversias de una forma no confrontacional, como son por ejemplo la autotutela o los juicios, también se plantea como un intento para descongestionar los tribunales de justicia debido a la sobrecarga de trabajo a la que se veían enfrentados. Por tanto ella se encuadra dentro de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

1.- El conflicto:

Es el principal supuesto para dar inicio a la mediación, conjuntamente con la dificultad de las partes para lograr un acuerdo por sí mismas. Sin el conflicto no necesitaríamos de alguien que intervenga en la controversia, ni facilite la comunicación entre las partes.

Podemos definir el conflicto de acuerdo a lo que dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, proviene del latín *conflictus*, que significa combate, lucha, pelea.

Los conflictos, surgen inevitablemente de la vida en sociedad, el propio hecho de la convivencia genera conflictos, estos se originan a partir de las diferencias entre las partes e incluso al interior de una misma persona, cuando esta se enfrenta a objetivos o acciones posibles y que ella misma percibe como incompatibles. A medida que se va expandiendo el círculo de interrelaciones (vgr: familia, trabajo, comunidad, etc.) crecen así mismo las posibilidades de generarse conflictos interpersonales.

Se tiende a pensar en los conflictos como algo negativo, pero no necesariamente es así en todos los casos, encontramos el lado positivo del conflicto al constatar que es lo que nos lleva a la negociación¹ y necesariamente al dialogo para arribar a una solución al problema.

¹ entendida como exposición o planteamientos de posiciones diversas entre partes y no como método alternativo de resolución de conflicto propiamente tal

Como bien lo plantea Marines Suarez² “Tiempo atrás el conflicto tenía una significación altamente negativa. En los últimos años pudo verse que muchas veces el proceso conflictivo permitía la generación de nuevas y mejores ideas que llevaban a soluciones muy creativas y que una vez finalizado, los participantes entendían que se había producido un crecimiento en ellos. Se comenzó a hablar entonces de lo positivo del conflicto”³.

La forma más óptima de mirar un conflicto debiera ser observarlo como algo neutro, pues dependerá de cómo sea abordado o enfrentado por las partes para determinar posteriormente si resultará positivo o negativo. Es muy importante darnos el trabajo de mirar y comprender al conflicto como tal, sin “empapararlo”, por decirlo de alguna forma, de connotaciones negativas a priori, puesto que es decisivo al momento de buscar soluciones efectivas y eficientes.

Durante la evolución del hombre y de la sociedad en general se han abordado de diversas formas los conflictos, desde hace algún tiempo se ha ido progresando en cuanto a las relaciones humanas y por lo mismo han ido apareciendo diversos métodos o mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los que podemos clasificar como heterocompositivos⁴ como el arbitraje y autocompositivos⁵ como la mediación, en la que precisamente está centrada esta tesina, y más específicamente en la mediación familiar en su calidad de previa y obligatoria.

2.- La Mediación.

Según la etimología de la palabra mediación, ella proviene del origen latino “mediator” en referencia a la persona que ejercía esta labor, a la persona mediadora, esta palabra incluye en si misma dos significados relacionados y complementarios entre sí: Medio en el sentido de mitad entre

² Mediadora, psicóloga, terapeuta familiar y egresada de la primera escuela de psicología social. Es actualmente directora académica de “MEDIANDO” (Institución dedicada a la formación de mediadores y al servicio en mediación), vicepresidenta de la fundación mediadores en red y miembro del Forum Mundial de mediación. Se desempeña como docente universitaria y formadora de mediadores en Argentina, Perú, Chile, Ecuador, Brasil, México y España. Se ha especializado en el área de mediación familiar.

³ SUAREZ Marínés. (2002): Mediando en sistemas familiares. (Buenos Aires. Paidós). Pp 58.

⁴ Son aquellos en que las partes sometidas a un determinado conflicto encargan la solución de este a un tercero, independiente de la autonomía de la voluntad de las partes. Aquí encontramos por ejemplo al arbitraje.

⁵ Son aquellos medios en los cuales las propias partes en conflicto son quienes resuelven sus desavenencias, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, conflicto que podrá resolverse tanto de manera directa, por las partes mismas o asistidos por terceros neutrales quienes facilitan el dialogo entre ellas, dentro de este grupo podemos encontrar por ejemplo la amigable composición y la mediación.

dos partes, como también comprendido medio como canal por donde fluye algo⁶.

De lo anterior se desprende que el mediador sería la persona que está en el medio entre dos partes y además, de cierta forma hace las veces de “canal comunicativo” (entendido en un sentido lingüístico, como soporte por el que circula el mensaje) para que las partes en conflicto puedan llegar a un acuerdo o al menos a llevar a cabo una conversación fructífera.

La mediación nace en Estados Unidos a mediados de la década de los 70', tuvo un rápido crecimiento debido a los buenos resultados obtenidos en la resolución alternativa de conflictos, por lo mismo fue posteriormente introducida al sistema legal y en algunos estados se instauró como previa y obligatoria en determinados conflictos⁷.

La mediación como mecanismo alternativo de resolución de Conflictos⁸: En un sentido técnico y más elaborado podemos definir mediación como “un procedimiento por el cual las partes que se encuentran sumergidas en un conflicto, buscan una solución aceptable, a la que podrán llegar debido a la ayuda de un tercero neutral, que mediante el uso de técnicas aprendidas, intenta ayudarlas a llegar a su propio acuerdo”⁹(el destacado es mío).

2.1.- Características de la mediación.

En cualquier tipo de mediación de que se trate deberán observarse ciertas características o principios inherentes a ella y con los que se deberá cumplir:

2.1.1.- Procedimiento confidencial: para terceros, para la contraparte. Al ser confidencial la mediación, esto quiere decir que todo lo que se diga en el proceso debe mantenerse en secreto para todos los terceros ajenos a la mediación. La mayor ventaja que se ha constatado en este ámbito dice

⁶ Guía de mediación intercultural www.accem.es (NORMALIZAR)

⁷ Suarez, Marinés (2005): *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas.*(Paidós Buenos Aires Paidós) 48 pp.

⁸ La ley 19.968 Crea los tribunales de familia, publicada en el diario oficial el 30 de agosto del 2004 en su título V referente precisamente a la mediación, nos entrega una definición de ella: “Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.

⁹ Dupuis G. Juan Carlos. (2000): *Mediación y conciliación.* 2° edición actualizada. (Buenos Aires. Abeledo Perrot). 26 Pp

relación con los propios mediadores puesto que se les exime de actuar como testigos en los asuntos que medien, si estos no llegasen a resolverse y se presentaran en sede judicial, de esto se desprende que la confidencialidad rige ante sede judicial y sobre el contenido de las reuniones individuales.

Lo perjudicial que puede tener esta cualidad de la mediación es el obstáculo que se presenta para mediadores e investigadores de ahondar más y compartir las experiencias recogidas por ellos mismos en los procesos en que participan. Las excepciones para la confidencialidad en Argentina son el abuso de menores y la comisión de un delito.

Lo que se pretende al dotar al proceso de confidencialidad es que las partes y el mediador puedan expresarse con libertad y fluidez, sin temor de que lo ventilado dentro del proceso pueda ser utilizado para perjudicarlo posteriormente.

Tanta relevancia se da a este principio que su incumplimiento por parte del mediador constituirá una sanción gravísima tanto en nuestra legislación, sancionándolo con pena de cárcel en el artículo 247¹⁰ del código penal como en Argentina puesto que, constituye una causal de exclusión del registro de mediadores, contemplada en el artículo 40¹¹.

2.1.2.- Procedimiento esencialmente voluntario: Quiere decir que las partes libremente deciden someterse al proceso de mediación, esta característica se encuentra atenuada en ciertas materias, debido a la existencia de la mediación previa y obligatoria en ciertos casos.

¹⁰ Código penal Art. 247. El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

¹¹ Artículo 40, Decreto 1467/2011 que reglamenta la ley 26.589 publicada en el boletín oficial el 22/09/2011. Exclusión. Son causales de exclusión del registro de Mediación:

a) Haber sido suspendido tres veces dentro de un plazo de cinco años.

b) Haber sido condenado penalmente por delito doloso con pena privativa de la libertad superior a dos años.

c) Abandonar la actividad sin efectuar comunicación alguna al Registro Nacional de Mediación. Se considerara configurada la causal cuando se presenten más de cuatro reclamos por parte de requirentes que no hubieran sido atendidos por el mediador de conformidad con la ley N° 26.589 y esta reglamentación, en un periodo de seis meses, sin causa que lo justifique y sin dar aviso al organismo citado.

d) Negligencia grave en el ejercicio de sus funciones que perjudique el procedimiento de mediación, su desarrollo o celeridad.

e) Violación a los principios de confidencialidad e imparcialidad.

f) Asesorar o patrocinar a alguna de las partes que intervengan en una mediación a su cargo o tener relación profesional o laboral con quienes asesoren o patrocinen a alguna de las partes.

Decimos que en estos casos esta atenuada porque previamente al juicio o a entablar la demanda judicial deberá acudirse a la instancia de mediación, la voluntariedad en esencia se mantiene respecto a la permanencia en el proceso puesto que si las partes no concurren o no llegan a acuerdo no se les obliga a mantenerse en la mediación sino que se elabora un documento que declara la mediación frustrada.

2.1.3.- Procedimiento Flexible y Desformalizado: El mediador por regla general no deberá someterse a determinadas formalidades o ritualidades específicas durante el proceso de mediación. Si bien la mediación posee cierta estructura en la que se pueden distinguir diferentes etapas, las partes no necesariamente se someten a un procedimiento estricto y podrán convenir la forma en que este se desarrolle, incluso podrán avanzar y posteriormente retroceder en el proceso.

2.1.4.- Contexto de Cooperación y Creatividad: Las partes mismas son las que irán generando las posibles soluciones, será cooperativo porque las partes deberán obrar conjuntamente para la consecución de un fin común, la solución del conflicto y la posterior llegada a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Y creativo porque insta a las partes a que se esfuercen en pensar e imaginar posibles soluciones que no dejen de lado sus pretensiones y necesidades recíprocas.

2.1.5.- Procedimiento Rápido y Económico: Se han hecho en distintos textos, por variados autores, comparaciones en cuanto al proceso judicial y mediación se refiere, ha resultado que en la gran mayoría de los casos la mediación exhibe sus ventajas. En cuanto a la economía del proceso, se constata no únicamente en lo referente a honorarios de los abogados intervinientes sino también en lo que tiene que ver con la formalidad del procedimiento y la producción de pruebas, elementos que no exige el proceso de mediación y que en ocasiones podrán resultar muy dilatorios y costosos.

Además podemos agregar en cuanto a los honorarios de los mediadores que en los casos de los designados por sorteo, resultaran bastante exiguos y en realidad no representan un significativo encarecimiento en los costos del proceso.

Respecto a la rapidez, que ya se ha señalado tangencialmente más arriba en cuanto a informalidad se refiere, se dejan de lado ritualidades y

formalidades innecesarias, va a depender de las partes el tiempo que tomen en ponerse de acuerdo, más la ayuda del mediador en cuanto a la facilitación del dialogo, que comúnmente tomará de una a tres sesiones.

Inevitablemente en esta característica haremos una comparación con la vía judicial debido a que con este tangible ejemplo podemos darnos cuenta que es más efectiva en cuanto a capacidad de respuesta para los interesados, es decir las propias partes en el proceso.

2.1.6.- Neutralidad: El mediador es un tercero neutral que no se inclinará a favor de ninguna de las partes. Las propias partes son quienes negocian y van construyendo su acuerdo.

En cuanto a Neutralidad se refiere, hemos desarrollado el punto más abajo en lo concerniente las características del mediador específicamente a la neutralidad que deberá tener el mediador, quien deberá ser visto por las partes como un tercero imparcial que no se inclinará a favor de ninguna de ellas durante el proceso.

2.1.7.- Procedimiento autocompositivo: Las propias partes son las que construyen su acuerdo, so pena de ser reiterativa, cabe mencionar que el mediador no tendrá poder decisorio en el proceso.

Una de las características, a mi parecer, más importantes de la mediación es el hecho de que las propias partes son protagonistas de la solución a su conflicto, lo que de cierta forma nos asegura el cumplimiento del acuerdo al que se llegue.

No existirá la idea de Vencedores y vencidos o ganador perdedor como tiende a ser la impresión al concluir un juicio u otro mecanismo adversarial de solución de controversias, así se facilita la continuidad del trato o relación, al ser ellas mismas las que han generado el acuerdo.

2.1.8.- Con miras hacia el futuro: Tiene que ver con que la mediación es un procedimiento que busca mantener o preservar las relaciones de las partes en conflicto. Busca que al sentirse protagonistas de sus acuerdos puedan las propias partes dar valor al cumplimiento de dicho acuerdo y tal vez posteriormente al verse enfrentados a nuevos conflictos tener mejores y más amplias herramientas para enfrentarlos de mejor forma.

Al analizar la mediación familiar veremos que algunas de sus características cobran más importancia cuando de relaciones entre miembros de una familia se trata y como otras se han visto atenuadas (haciendo referencia a la voluntariedad) para así permitir que sea más eficiente dentro del sistema en su rol de descongestionante de los tribunales.

3.- El mediador:

Un importante partícipe del proceso de mediación que debemos tener en cuenta es el mediador, el rol que este cumple dentro del proceso, que características deberá tener, que requisitos se exigen para ser mediador tanto en la legislación Chilena como en la Argentina.

3.1.- El Rol del mediador:

La persona mediadora es una tercera parte neutral que permite que las otras puedan entablar conversaciones sobre sus problemas, facilitando un intercambio de ideas y mejorando la comunicación. Ambas partes deben confiar en la neutralidad del mediador, se estima que los mejores mediadores son quienes tienen buen sentido común, habilidades de convencimiento y facilitadores en la resolución de problemas, no podrán hacer recomendaciones que den a conocer como él o ella se sienten con respecto a un conflicto, deberá tratar de reconciliar puntos de vista opuestos buscando aquellos que se tengan en común.

El mediador es lo más distante que existe del abogado litigante puesto que no defenderá los intereses de ninguna de las partes en conflicto, su único interés debiera ser la paz y su principal objetivo hacer que las partes puedan comunicarse, y así poner término al conflicto, para esto promoverá el dialogo entre las partes, para que así pueda surgir un acuerdo, con lo que las partes se sentirán y estarán sometidas a su propia voluntad, no a la del mediador.

El papel que desempeñará el mediador en el proceso es de suma relevancia puesto que como se mencionó tangencialmente más arriba, es el canal por medio del cual las partes podrán establecer el dialogo. El mediador debe contar con técnicas específicas para la realización de esta labor, para poder percibir mas allá de las posiciones que sustenten las partes, los intereses que subyacen, que guían a cada una de ellas y los mueven a actuar de una u otra forma.

El mediador deberá ahondar en el conflicto, establecer intereses comunes entre las partes y generar confianza entre ellas, pero siempre resguardando el equilibrio en la conducción de la mediación, dando igualdad de oportunidad a las partes para que puedan exponer sus inquietudes (lo que Marinés Suarez define o entiende como equidistancia). Su actuar deberá estar guiado siempre por la imparcialidad y neutralidad, aun cuando tenga la convicción interna de que una de las partes tiene la razón puesto que el NO puede decidir, recordemos que en los procesos de mediación las posibles soluciones a un determinado conflicto provienen de las propias partes.

El mediador nunca y en ningún caso podrá forzar un acuerdo aunque según Marinés Suarez, en algunos casos declarados como “impasse total”¹² el mediador podrá sugerir algunas ideas generalmente referidas a detalles de la solución, temas menores, según la autora, lo más importante en estos casos es que la relación que se ha establecido entre el mediador y las partes sea de tal calidad como para que en ningún momento los participantes se sientan obligados a aceptar las sugerencias y que los mediadores estén absolutamente dispuestos a dejarlas del todo si en el proceso las partes posteriormente logran su propio acuerdo.

El mediador deberá comenzar a trabajar con las pretensiones de las partes en conflicto, ayudar a restituir o generar el dialogo, para posteriormente poder evaluar sus resultados y observar si las partes lograron acuerdo en todos o algunos puntos controvertidos.

La legitimidad del mediador viene dada por la aceptación que las partes hacen de su intervención aunque en ciertas materias (como veremos más adelante en detalle) sea la propia ley quien establezca su intervención.

El mediador para el mejor desempeño de su labor debe reunir diversas cualidades personales como la capacidad para establecer empatía, mostrar un interés sincero por los problemas de las personas con las que trabaja, estar abierto a diferentes maneras de pensar y evitar sus propios prejuicios e ideas preconcebidas, saber escuchar, manteniendo el contacto ocular con las personas que están en mediación, tener paciencia, por último

¹² La frase “Impasse total” se refiere en términos generales a casos en que las partes están totalmente reticentes a idear ellas mismas alguna solución para así lograr algún acuerdo. Suarez Marinez (2002) Mediando en sistemas familiares (Buenos Aires, Paidós) pp 357.

ser honesto consigo mismo y saber reconocer cuándo se está dejando llevar por sus propios valores y principios¹³.

De todas formas, para mayor seguridad de los operadores del sistema tanto en la legislación argentina como en la chilena, se establece la cualificación profesional que deberán tener las personas que realicen servicios de mediación.

3.2.- Características del mediador:

El mediador deberá ser imparcial, tanto desde su propia perspectiva como desde la de las partes, lo primero se refiere al actuar de los mediadores, ellos deberán dejar de lado sus sentimientos y sus valores, como es una tarea muy difícil de lograr se espera a lo menos que logren separarlos del proceso para que ellos no se transformen en un obstáculo para conducir el proceso puesto que el acuerdo al que las partes lleguen deberá ser cumplido por ellos mismos, no por el mediador.

En cuanto a la perspectiva de imparcialidad respecto de las partes, implica no tener una opinión tendenciosa, ni falta de preferencia respecto de ninguna de ellas en el proceso, las partes esperan un compromiso por parte del mediador de no realizar “alianzas” con ninguno de los participantes en perjuicio del otro; el mediador no podrá favorecer ni sostener a una de las partes, para mantener la seguridad y confianza de ellos en el proceso mismo.

Otra característica es la Neutralidad, que tiene que ver con el comportamiento o la relación que se verifica entre el mediador y las partes y también tiene que ver con que el mediador no espere conseguir beneficios ni retribuciones especiales de alguna de las partes como contraprestación del haber guiado de una determinada forma la mediación.

Lo que finalmente se espera del mediador al reunirse la imparcialidad y neutralidad es que este sea capaz de separar sus opiniones o percepciones de lo que desean los litigantes, para de esta forma

¹³ Herrera Beatriz. (2010) La mediación: Una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis de la mediación educativa. [en línea]: Documento electrónico obtenido de internet [fecha de consulta: 30 abril 2012]. Disponible aquí: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80254/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_HerreraSanchez_B.pdf

concentrarse en las maneras posibles de ayudar a las partes en conflicto a generar sus propias decisiones sin favorecer a una en desmedro de la otra.

El mediador tendrá que saber escuchar, permitir que cada una de las partes pueda abiertamente expresar sus interrogantes, deseos, expectativas, etc. Deberá decodificar y escuchar atentamente lo que cada parte quiere decir para poder guiar la “conversación” a los puntos conflictivos y de los cuales posteriormente irá emanando la solución.

Muy ligado con lo anterior el mediador deberá saber callar, de muchas cosas que las partes dirán, el mediador podrá ir extrayendo ideas esclarecedoras de lo que subyace al conflicto mismo y así permitir que las propias partes vayan trazando una especie de línea de tiempo de lo que el conflicto viene siendo, acarrea y finalmente las posibles salidas a él.

Posteriormente luego de haber escuchado a las partes, el mediador deberá “hablar”, siendo esta otra importante característica ya que por medio de su intervención el mediador irá canalizando los intereses deseos de las partes, no puede anteponerse lo que el mediador cree que sucede o percibe de lo que es el conflicto, sino que debe encauzar lo dicho por las partes, el trabajo del mediador en algunos casos será el de ir hilando los relatos de las partes, parafraseando lo que considera ejes centrales del conflicto lo que ayudará a las partes a pensar y al mediador a ir enmarcando el dialogo entre ellas.

Además debemos considerar las características propias de cada mediador que lo llevará a actuar de determinada forma frente a determinados conflictos, su formación académica, etc. La fuente fundamental de capacitación del mediador mas allá de la formación académica formal que cada uno posea y los requisitos mínimos que se exigirán por ley para poder ejercer la mediación, será la enriquecedora experiencia que le dará el mismo trabajo que realice en mediación.

4.- Las Familias:

En la actualidad resulta sumamente complejo entregar un concepto unívoco de familia, puesto que tanto las familias mismas como el concepto han ido evolucionando a través del tiempo.

Según lo establecido por el diccionario de la real academia de la lengua española podemos considerar familia a “personas emparentadas

entre si y que viven juntas” aunque consideramos que el concepto es un poco restrictivo porque atiende al hecho de que vivan bajo un mismo techo, a lo menos sirve para dar un punto de partida o una idea básica de qué podemos entender por familia.

Desde el punto de vista antropológico y sociológico el grupo social constituido por el padre, la madre y los hijos es universal, considerándose la forma más corriente de familia, monógama, con sus variantes de matriarcado o patriarcado según la autoridad resida en el padre o en la madre. Esta última se consolidó en las sociedades industriales con la división del trabajo social.

Las familias se reconocen y se les otorga importancia fundamental ya a partir de nuestra constitución en su artículo 1°, estableciéndose que son en núcleo fundamental de nuestra sociedad y posteriormente en el mismo artículo se consagra dentro de los deberes del estado dar protección y propender al fortalecimiento de las familias.

Se plantean diversas clasificaciones útiles de las familias por ejemplo. Existen las familias nucleares que son las que están integradas por los padres y los hijos, las familias de origen, que son las familias de cada uno de los miembros, de cierta forma aportan al matrimonio, como suegros, hermanos, tíos, etc.

Tenemos también las familias co-parentales que es en donde la familia se relaciona y convive con ambos padres y las mono-parentales en que la familia es encabezada por un solo miembro, ya sea este padre o madre. Por último podemos encontrar las familias ensambladas que se componen por miembros que proceden de otras familias anteriores.

Aunque para esta tesina se entenderá por familia a las personas que tendrán relaciones de parentesco entre si ya sea por afinidad o consanguinidad y que tengan entre sí obligaciones recíprocas, un concepto muy restrictivo pero útil para los temas que aquí se abordan.

Las familias tradicionales donde es el padre quien aporta los recursos económicos y la madre dedica su tiempo al cuidado de los hijos y del hogar común han dejado de ser la regla general en nuestra sociedad. Actualmente, se imponen los núcleos familiares en que ambos cónyuges participan del trabajo remunerado. Las personas que se desempeñen como mediadores,

deberán conocer cuáles son las nuevas necesidades de cada miembro, lo que hará que se sientan mucho más tranquilas en el proceso.

4.1.- Funciones de la familia:

Dentro de las familias se presentan diversas funciones que podrán cumplir uno o ambos padres.¹⁴ Funciones nutritivas: tienen un contenido simbólico y están relacionadas con el afecto, cariño y cuidado. Funciones normativas: tienen que ver con los límites que se establecen dentro de la familia. Las funciones que ejercen los padres (funciones parentales) son una combinación de las funciones nutritivas y normativas, cuanto más equilibradas estén “más funcionales” serán las familias.

Lo anterior dice relación con los deberes que tendrán los padres, independiente de que vivan o no bajo el mismo techo que sus hijos, por ejemplo cuando los padres se divorcian o separan, comúnmente los niños quedarán al cuidado de la madre¹⁵ pero el otro de los progenitores no podrá desentenderse de las labores que como padre le competen. Independiente de los términos en que se haya llevado a cabo la separación es necesario que los vínculos del padre o la madre con sus hijos se mantengan por lo que se trae a colación un importante beneficio que conlleva mediar este tipo de conflictos, mejorar o a lo menos mantener la relación entre las partes, esto es importante para la relación que tendrá el o los hijos con el padre que no vive con ellos.

4.2.- Las disputas familiares:

Diversos son los conflictos que pueden ocasionarse dentro de las relaciones familiares, como se mencionó anteriormente mientras más convivencia e interrelaciones se establecen entre las personas, más posibilidades de conflicto existirán.

Dentro del ámbito familiar es muy importante la forma en que se abordan y resuelven los conflictos puesto que las relaciones que dentro de las familias se originan comúnmente se mantendrán por toda la vida de los miembros de ella.

¹⁴ Pejovich Maximiliano. (2003): Temas de mediación familiar. (Buenos Aires, FEN Fundación editorial notarial) Pp. 22

¹⁵ En el caso de Chile el artículo 225 de nuestro código civil establece que si los padres viven separados, a la madre toca preferentemente el cuidado personal de los hijos.

Marinés Suarez establece una clasificación de las disputas familiares las agudas y las crónicas; las agudas dicen relación con que surgen comúnmente de forma inesperada pero explosiva y existen en todas las familias lo positivo de estas es que pueden fácilmente desaparecer, la solución a este tipo de disputas es relativamente simple, en cambio cuando se refiere a disputas crónicas, habla de conflictos mucho más profundos y que se resisten al cambio, son más complejos de conducir en una mediación.

Las disputas más comunes que suelen originarse dentro de las familias son conyugales que se refieren a las que se dan en el seno mismo de la pareja, tienen que ver con temas vinculados a ellos mismos en su calidad de cónyuges y las disputas parentales que tienen que ver con las relaciones que se establecen entre padres e hijos; a estas en particular se refiere la mediación previa y obligatoria en nuestro país, a diferencia del contexto argentino en que una gama mucho más amplia de materias tanto dentro del ámbito familiar como civil en general son sometidas a mediación previa y obligatoria.

5.- Mediación Familiar:

La persona mediadora tendrá en estos casos, como función principal, ayudar a los miembros de la pareja a alcanzar un acuerdo satisfactorio para regular todos aquellos aspectos de su nueva forma de vida familiar.

En resumen, en determinados ámbitos de la mediación, como el familiar, el objetivo final de la mediación no es exclusivamente solucionar el problema, es decir, llegar al acuerdo, sino que el objetivo más importante será facilitar a las personas mediadas un espacio neutral, que permita la comunicación entre ellos.

Como ya se vio dentro de las características de la mediación está el posibilitar que las partes por sí mismas y en forma voluntaria lleguen a la resolución de sus disputas, donde ambas partes podrán mediante acuerdo de sus voluntades regular los correspondientes derechos y obligaciones que recaen sobre los demás miembros de la familia, principalmente los hijos.

De lo anterior se desprende que para llevar a cabo una mediación familiar válida, deberán estar presentes: el consentimiento libre e informado de las partes y que estas posean la capacidad plena de discernir lo que significa dicho proceso y su posterior acuerdo.

En Chile y Argentina existen ciertas materias que obligadamente se someten a mediación antes de llegar a la instancia judicial. Se ve en este punto la atenuación de la voluntariedad (uno de los principales principios y/o características de la mediación¹⁶) y por qué atenuación, porque posteriormente si las partes no llegan a acuerdo tendrán siempre a salvo la

¹⁶ En Chile la ley 20.286 introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley n° 19.968, que crea los tribunales de familia, publicada en el D.O el 15 de octubre del 2008; en su artículo 105 establece los principios de la mediación.

Artículo 105.- Principios de la mediación. Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan:

a) Igualdad: en virtud del cual 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.

b) Voluntariedad: por el que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión, o en cualquier otro momento durante el procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada.

c) Confidencialidad: por el cual 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.

Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo.

Con todo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención.

d) Imparcialidad: lo que implica que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, debiendo abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda.

Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida.

e) Interés superior del niño: por el cual, 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, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.

f) Opiniones de terceros: en virtud del cual, el mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

A su turno en la ley Argentina 26.589 se establecen en el Artículo 7° El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios:

a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria.

b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;

c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación.

d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes.

e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por la partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;

f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras de la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto.

g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado si se hubiere establecido;

h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

posibilidad de entablar una acción ante tribunales¹⁷, aunque en el caso argentino, frente a situaciones de incomparecencia injustificada de las partes se generan sanciones pecuniarias¹⁸.

Las mediaciones y en particular las familiares deberán contar a lo menos con tres etapas, la convocatoria¹⁹ (etapa en donde el mediador se pone en contacto con las partes para citarlas al proceso), sesiones conjuntas (etapa en que se realiza la mediación propiamente tal) y cierre (donde se establecerán los acuerdos si es que se lograron y se dará término al proceso de mediación). Dentro de la primera sesión el mediador familiar deberá dar su discurso de apertura donde se presentará, explicará a las partes en qué consiste la mediación y dará a conocer brevemente las etapas del proceso, posteriormente deberá comprender las perspectivas y pretensiones de las partes, y durante la misma sesión o las siguientes comprenderá la perspectiva de las partes, detectará y/o clarificará sus intereses, generará ideas, etc.

¹⁷ En Chile la voluntariedad del proceso o desistimiento se manifiesta en el artículo 105 de la ley 19.968 en cuanto al contexto argentino, La Ley 26.589 establece en sus artículos 25 y 27.

Artículo 25.- Si una de las partes no asistiese a la primera audiencia con cusa justificada, el mediador fijará una nueva audiencia. Si la comparecencia de la parte requerida fuera injustificada, la parte requirente podrá optar por concluir el procedimiento de la mediación o convocar a nueva audiencia. Si la requirente incompareciera en forma injustificada, deberá reiniciar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Artículo 27. - Si el proceso de mediación concluye sin acuerdo de las partes, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial acompañando su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley.

La falta de acuerdo también habilita la vía judicial para la reconvencción que pudiere interponer el requerido, cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y se lo hubiere constar en el acta.

¹⁸ Artículo 28. - Si el proceso de mediación concluye por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El reclamante queda habilitado para iniciar el proceso judicial, a cuyo fin acompañará su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La parte incompareciente deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria.

¹⁹ Ley 19.968 Artículo 108.- Citación a la sesión inicial de mediación. El mediador designado fijará una sesión inicial de mediación. A ésta citará, conjunta o separadamente, a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados.

La primera sesión comenzará con la información a los participantes acerca de la naturaleza y objetivos de la mediación, los principios que la informan y el valor jurídico de los acuerdos a que puedan llegar. En el caso argentino la ley 26.589 prevé en su Artículo 23. –El mediador podrá convocar a las partes dentro de los quince días corridos de haberse notificado de su designación. Dentro del plazo establecido para la mediación, el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias que considere necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

5.1.- Ventajas de la mediación Familiar:

La mediación como se señalo en el principio de este trabajo es un medio "NO CONFRONTACIONAL" de resolución de conflictos y es a partir de esta importante calidad o cualidad de la mediación que se derivan importantes ventajas, especialmente en el ámbito de la mediación familiar que es específicamente lo que aborda esta tesina. La labor del mediador nace por la necesidad de dar una respuesta más rápida a los conflictos y creciente congestiónamiento y desborde de casos acumulados en tribunales.

Diversos autores y encuestas²⁰ avalan el descreimiento actual en la justicia tradicional, esto se verifica por diferentes percepciones de la ciudadanía que van desde la excesiva tardanza en que se otorgan las soluciones a la controversia hasta la desconfianza respecto de la probidad de los actores administradores del sistema de justicia más específicamente los jueces. Por lo anterior se han alentado diversos métodos alternativos de solución de controversias, entre ellos la mediación.

Favorece la comunicación entre las partes propende a su libertad, autonomía y dignidad como personas. Reduce considerablemente los costos emocionales que implica resolver disputas familiares principalmente dentro del ámbito judicial. Evita largos y costosos procesos judiciales.

Las decisiones que se adopten dentro del proceso provendrán desde el interior mismo de las familias, las propias partes interesadas sin que se tenga la percepción de que provienen de un tercero ajeno a la situación familiar, consecuentemente los interesados tienen una mayor disposición a cumplir los acuerdos a que se llegue dentro del proceso.

Las soluciones judiciales a los conflictos, como método clásico de solución de controversias concluye con "La Sentencia" que es en donde se define o dirime el conflicto, y en que por regla general entre las partes se estima que existe un vencedor y un vencido, además el juez deberá pronunciarse en merito de lo discutido en el juicio, más allá de la conveniencia o no de la solución a la que se arribó. La solución a la que se llega con "la sentencia" en

²⁰ Por ejemplo en Chile, La encuesta "Percepción de la población pobre de Santiago sobre Justicia en Chile al año 2008", elaborado por la Universidad Católica Silva Henríquez, arrojó por sexto año consecutivo que los pobres creen que la Justicia que obtienen es "mala o muy mala".[en línea] Documento obtenido de internet, [fecha de visita: 25 de Abril, 2012] disponible aquí: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/12/28/519089/estudio-establece-que-la-mala-percepcion-de-la-justicia-aumento-entre-los-mas-pobres.html>

ocasiones solamente refleja la verdad formal, pero no soluciona el verdadero conflicto subyacente entre las partes.

Como lo propone Juan Carlos G. Dupuis en todos los juicios controvertidos hay enfrentamiento de las partes un choque frontal en que cada una de ellas expone sus mejores argumentos de hecho y derecho con el objetivo claro de vencer a su contraparte en la contienda, lo que no es así en la mediación, sino mas bien la “discusión” del conflicto se da en un ambiente de menor tensión y mayor colaboración entre las partes, por lo que consecuentemente no se derivarán deterioros importantes en la relación existente entre las partes en conflicto.

Se trata de un mecanismo más rápido de solución de controversias ya que comúnmente tomará de una a tres sesiones dependiendo de la complejidad del conflicto, para dar termino a la controversia; número impensable de audiencias y tramites en comparación a un proceso judicial.

Al no estar dentro de un proceso judicial propiamente tal se pueden establecer con mayor libertad el número, fechas y horas en que se realizarán las sesiones ya sean conjuntas (ambas partes) o no y podrán reprogramarse en caso de existir para las partes la real voluntad de solucionar vía mediación sus controversias.

Para las partes y para el estado mismo resultará menos oneroso someter determinadas materias o controversias a mediación, ya que resulta más económico que echar a andar todo el aparato jurisdiccional.

Las partes actuarán de forma conjunta y cooperativamente, manteniendo el control del procedimiento, acordando por sí mismas la decisión que resuelve el problema.

La mediación entre otros mecanismos alternativos de resolución de controversias además de reducir la congestión en los tribunales de justicia, su consecuente costo y demora en la resolución de controversias, incrementa la participación de la comunidad en la resolución de sus propio conflictos, facilita el acceso a la justicia y les suministra una forma (para ciertos casos) más efectiva de solución a sus disputas.

5.2.- Mediación previa obligatoria.

Se habla de mediación previa obligatoria cuando la mediación se establece y es requisito indispensable anterior a la instancia judicial, la o las partes antes de recurrir a los sistemas de justicia tradicional (tribunales) deberá someterse previamente a un proceso de mediación, lo que en ningún caso implica que las partes en el proceso deban necesariamente llegar a acuerdo.

La respuesta que prevé la Ley con referencia al principio de voluntariedad, se manifiesta tanto en la ley Chilena²¹ como la Argentina²². En términos generales ambas leyes señalan “la mediación está basada en el principio de voluntariedad, según el cual las partes son libres de acogerse a la mediación, de desistir en cualquier momento y de alcanzar los acuerdos, conforme a derecho, que estimen oportunos”. Por tanto, el acceder al proceso, la permanencia en el y el resultado del mismo, están vinculados íntimamente a la voluntad de las partes. De ahí la importancia de que en la reunión inicial les quede claro a los actores este carácter, y se haga constar dicha voluntariedad en el acta inicial.

5.3.-Marco legal de la mediación previa y obligatoria en Chile.

En el caso chileno la mediación familiar se encuentra regulada en la ley 19.968 que crea los tribunales de familia.²³

En un principio la mediación no se establece de forma obligatoria para ninguna materia, sólo se sugiere o más bien se informa a los usuarios de las características de ella, cuando una acción interpuesta o que se quiere interponer es susceptible de mediación. Posteriormente para ciertas materias de familia, se hará previa y obligatoria.

²¹ Artículo 105.- Principios de la mediación. Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan:

b) Voluntariedad: por el que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión, o en cualquier otro momento durante el procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada.

²² Actualmente establecido en la ley 26.589 en su Artículo 7º - El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios:

b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

²³ Ley 19.968 que crea los tribunales de familia.²³, promulgada el 25 de Agosto del año 2004 y publicada en el diario oficial el 30 de Agosto del mismo año. Esta ley entró en vigencia después de casi seis años de su publicación, el 18 de diciembre del año 2010.

Posteriormente la Ley N° 20.286²⁴, introdujo una serie de modificaciones a la Ley N° 19.968. Entre ellas establece la mediación previa obligatoria para tres materias específicas: Alimentos, Cuidado personal, Relación directa y regular.

La mediación obligatoria entro en vigencia de manera gradual en nuestro país. En una primera etapa en las Regiones I^a, II^a, III^a, IV^a, VI^a, IX^a, XI^a, XII^a, XIV^a y XV^a, comenzó a regir en junio del 2009. En una segunda etapa en las Regiones V^a, VII^a, VIII^a y X^a, vigente desde septiembre del 2009 y por último en la Región Metropolitana, que está vigente desde diciembre del año 2009.

En nuestro país donde primero aparece la mediación como método alternativo de solución de controversias es en el ámbito familiar, actualmente se desarrollan programas de mediación vecinal o comunitaria.²⁵

5.4.- Marco legal de la mediación previa y obligatoria en Argentina.

En Argentina, la mediación previa y obligatoria se introduce mediante la ley 24.573²⁶ y actualmente rige la ley 26.589²⁷. A diferencia de la ley chilena, no se establece una ley particular de mediación familiar sino más bien se establece la mediación como obligatoria y previa a todo juicio, despréndase de esto la amplitud de materias que serán sometidas a este régimen.

Ahora bien, en lo que respecta a la mediación familiar, se encuentran dentro de ellas comprendidas las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas al interior de las relaciones de familia, que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, a excepción de las excluidas por el artículo 5º inciso b) de la ley. Están dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre: a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil;

²⁴ Ley N° 20.286 que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley 19968 que crea los tribunales de familia, publicada en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 2008,

²⁵ En el caso de la mediación Vecinal y comunitaria, actualmente han sido los centros de mediación de las corporaciones de asistencia judicial quienes están prestando el servicio. Por otra parte algunas municipalidades han iniciado iniciativas conducentes a incorporar mediación a nivel local o barrial, para mejorar la calidad de las soluciones de los conflictos suscitados entre vecinos.

²⁶ Ley 24.573 publicada en el boletín oficial el 27 de octubre de 1995, se instituye con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, aclarándose que por tal procedimiento se promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

²⁷ Ley 26.589 de Mediación y Conciliación, publicada el 3 de mayo del 2010.

- b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes;
- c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia;
- e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil; f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio; y g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

La experiencia argentina nos muestra que anterior a la mediación previa y obligatoria establecida por la ley 24.573 se instalaron diversos proyectos de mediación tanto a nivel federal como provincial, como por ejemplo el decreto 1480 del año 1992²⁸, posteriormente se llevó a cabo un plan piloto de mediación en la provincia de Buenos Aires²⁹, cuyos resultados fueron positivos por lo que comenzó a extenderse también a las provincias³⁰ y como corolario de lo anterior se decide implementar la mediación previa y obligatoria a todo proceso judicial.

5.5.- Prohibición de la mediación en determinadas materias.

Nuestra ley establece en su artículo 106 que no podrán someterse a mediación los asuntos que digan relación con el estado civil de las personas³¹, las declaraciones de interdicción, las causas sobre maltratos de

²⁸ El decreto 1480 del año 1992 dio inicio a la implementación de un programa de mediación, fue el primer intento de introducir al país a nivel normativo el régimen de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos e indica los principios que regirán la actividad en su artículo 4°. No organiza la regulación del instituto pero busca impulsarlo mediante la formulación de proyectos legislativos. Este decreto facultó al ministerio de justicia a solicitar a la Corte Suprema para que por sí o por intermedio de las Cámaras Nacionales de Apelaciones designara tribunales de primera instancia en los que se llevaría a cabo la experiencia piloto de mediación, siendo especialmente aconsejable introducirlos en el fuero civil para asuntos en que se intentasen acciones patrimoniales (pretensiones indemnizatorias) y en acciones de familia.

²⁹ La resolución 1183 del año 1992 del Ministerio de Justicia y la posterior 983 del año 1993 puso en ejecución el plan piloto circunscrito al centro judicial de mediación.

³⁰ En Diciembre de 1992 se realizó el encuentro federal de cooperación para la reforma de la administración de justicia con la participación de los tribunales superiores de las provincias quienes mediante un acta convenio celebrada con el Ministerio de Justicia adhirieron al programa federal de cooperación.

³¹ Salvo algunos casos contemplados en la ley de matrimonio civil.

niños, niñas o adolescentes ni los procedimientos que se regulan en la ley de adopción.³²

En los casos en que sea aplicable la ley de violencia intrafamiliar (Ley 20.066) podrá aplicarse la mediación solo bajo los términos que establece la ley 19.968 en sus artículos 96 y 97 (relativos a la suspensión condicional de la dictación de sentencia y a la improcedencia de la misma)³³.

En Argentina el espectro de materias que se someten a mediación previa y obligatoria es mucho más amplio, de hecho la ley que aborda la mediación familiar es una ley de aplicación general donde se establece que la mediación es previa a todo proceso judicial, posteriormente y a partir de su artículo 31³⁴ regula la mediación en materias de familia.

³² Ley 19.620 que establece las normas sobre la adopción de menores. Publicada en el D.O el 05 de agosto de 1999.

³³ Artículo 96.- Suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Si el denunciado o demandado 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, el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) 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;
- b) Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en esta ley por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

En todo caso, el tribunal, previo acuerdo de las partes y en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero, podrá someter a mediación el conflicto para los efectos de la letra a). Aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

La resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación, en los mismos términos que la sentencia.

Artículo 97.- Improcedencia de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. La facultad prevista en el artículo anterior no será procedente en los siguientes casos:

- a) Si el juez estimare conveniente la continuación del proceso;
- b) Si ha habido denuncia o demanda previa sobre la comisión de actos de violencia intrafamiliar en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima de éstos, y
- c) Si el demandado o denunciado hubiere sido condenado previamente por la comisión de algún crimen o simple delito contra las personas, o por alguno de los delitos previstos en los artículos 361 a 375 del Código Penal.

³⁴ Ley 26.589- Artículo 31. La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, a excepción de las excluidas por el artículo 5° inciso b) de la presente ley.

Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre:

- a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del código civil.
- b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o este disponga las medidas cautelares que estime pertinentes.

En el caso Argentino la ley 26.589 contempla en su artículo 5° letra b)³⁵ la prohibición de la mediación en cuanto a acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas.

6.- Requisitos legales para ser mediador.

En nuestro país la ley 19.968 en su artículo 12 establece una serie de requisitos para poder ejercer como mediador en las materias que establece la ley, previa a la instancia judicial.

Como primer requisito se exige la inscripción del mediador en un registro, “el registro de mediadores”. Para inscribirse en este registro se requiere poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en dichas materias, y no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal (Delitos sexuales y delitos contra la moral y las buenas costumbres), ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar.

c) Régimen de visita de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial.

d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia.

e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el artículo 1294 del código civil.

f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad del matrimonio.

g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

³⁵ Artículo 5°.- El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

a) Acciones penales

b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de estas. El juez deberá dividir los procesos derivando la parte patrimonial al mediador.

c) causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del código civil.

d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación.

e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos.

f) Medidas cautelares.

g) Diligencias preliminares y prueba anticipada.

h) Juicios sucesorios.

i) concursos preventivos y quiebras.

J) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512

k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo.

l) Procesos voluntarios.

Además, deberá disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación. Los requisitos con que deberán contar los centros de mediación se han establecido por vía reglamentaria³⁶.

En el caso argentino para ser mediador la ley 26.589 en su artículo 11 establece los siguientes requisitos: Tener título de abogado con tres años de antigüedad en la matrícula (se refiere al pago anual de la matrícula correspondiente al ingreso dentro del registro de mediadores)³⁷, acreditar la capacitación que exija la reglamentación³⁸, aprobar un examen de idoneidad, contar con la inscripción vigente en el registro nacional de mediación; que llevará a efecto el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

El Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación, cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente³⁹.

6.1.- Designación del mediador.

Debemos hacer una aclaración previa, solo nos remitiremos a los casos en que se trata de mediación previa obligatoria.

En el caso de Chile⁴⁰ hay dos vías de designación:

³⁶ Reglamentos que establecen los requisitos de los centros de mediación. En Chile el reglamento que establece los requisitos de constitución y establecimiento de los centros de mediación es el decreto 904 Fecha Publicación:18-02-2009 Fecha Promulgación :24-12-2008 que APRUEBA BASES DE LICITACIÓN PÚBLICA Y SUS ANEXOS PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE MEDIACIÓN FAMILIAR. mientras que para el caso argentino es el decreto 1467 del año 2011, el cual reglamenta la ley 265.89

³⁷ ARTICULO 42. - La incorporación en el Registro Nacional de Mediación requerirá el pago de una matrícula anual. La falta de acreditación del pago de la matrícula durante dos (2) años consecutivos dará lugar a que el órgano de aplicación excluya al matriculado del Registro Nacional de Mediación. Regularizada la situación, la reincorporación del mediador al registro se producirá en el período consecutivo siguiente.

³⁸ Reglamento capacitación para ser mediador

³⁹ Artículo 33. - Los mediadores de familia deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación.

⁴⁰ Artículo 107.- Derivación a mediación y designación del mediador. Cuando se trate de algunas de las materias que de acuerdo al artículo 106 son de mediación previa, las partes, de común acuerdo, comunicarán al tribunal el nombre del mediador que elijan de entre los mediadores contratados en conformidad a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 114, mediante una presentación que contenga la individualización de los involucrados y la mención de la o las materias incluidas. A falta de acuerdo en la persona del mediador o si las partes manifiestan su decisión de dejar entregada la

- a) Que las partes de común acuerdo elijan el mediador (que esté dentro del registro de mediadores) y se lo comuniquen al tribunal.
- b) Que en caso de no ponerse de acuerdo las partes, o ellas mismas así lo prefieran, designará el juez.

Para el caso argentino la designación del mediador se hará:

- a) Por acuerdo de las partes, mediante convenio escrito.
- b) Por sorteo cuando el reclamante formalice el requerimiento ante tribunal competente.
- c) Por propuesta del requirente al requerido, para que este seleccione un mediador de un listado.

En esencia, tanto en una como en otra legislación las formas de designación de la persona del mediador son las mismas.

7.- El proceso de mediación.

En términos generales tanto en Chile como Argentina el procedimiento es el mismo. El proceso se inicia cuando la persona requirente concurre al juzgado de familia respectivo, centro de mediación o corporación de asistencia judicial (Solo en el caso de Chile) para solicitar una hora para una sesión de mediación.

designación a la resolución del juez, éste procederá a nombrar al mediador mediante un procedimiento objetivo y general, que garantice una distribución equitativa entre los contratados para prestar servicios en ese territorio jurisdiccional y un adecuado acceso a los solicitantes. En todo caso, siempre se hará presente al requirente la posibilidad de recurrir, a su costa, a un mediador de los inscritos en el registro señalado en el artículo 112.

Estas actuaciones podrán llevarse a cabo ante cualquier tribunal de familia y para ellas no se requiere patrocinio de abogado.

Si la acción judicial versa sobre alguna de las materias de mediación voluntaria, el juez ordenará que, al presentarse la demanda, un funcionario especialmente calificado instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a ella, quien podrá aceptarla o rechazarla. Del mismo modo, ambas partes podrán solicitar la mediación o aceptar la que les propone el juez, durante el curso de la causa, hasta el quinto día anterior a la audiencia del juicio y podrán, en este caso, designar al mediador de común acuerdo. Si no se alcanzare acuerdo, el juez procederá a designarlo, de inmediato, de entre quienes figuren en el Registro de Mediadores, mediante un procedimiento que garantice una distribución equitativa de trabajo entre los registrados.

La designación efectuada por el tribunal no será susceptible de recurso alguno. Con todo, deberá revocarse y procederse a una nueva designación si el mediador fuere curador o pariente, por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral, de cualquiera de las partes, o hubiere prestado servicios profesionales a cualquiera de ellas con anterioridad, a menos que los hubiese prestado a ambas en calidad de mediador.

La solicitud a que se refiere la letra d) del artículo 105, así como la revocación y nueva designación a que se refiere el inciso anterior, serán tramitadas en audiencia especial citada al efecto por el tribunal competente.

Una vez realizadas las actuaciones a que se refieren los artículos precedentes, se comunicará al mediador su designación por la vía más expedita posible. Dicha comunicación incluirá, además, la individualización de las partes y las materias sobre las que versa el conflicto.

Posteriormente desde el centro de mediación se pondrán en contacto con las partes para fijar día y hora para la primera sesión, podrá además solicitar algunos antecedentes a fin de poder evaluar la situación socioeconómica de los intervinientes.

Las partes concurren al centro de mediación en la fecha y hora indicadas y se realizará la primera sesión de mediación donde se informa a los participantes acerca de la naturaleza y objetivos de la mediación, sus principios y el valor jurídico de los acuerdos a los que puedan llegar, posteriormente y dependiendo del caso se fijaran una o más sesiones adicionales si fuese necesario para la obtención de un acuerdo.

Si la mediación ha resultado satisfactoria para las partes y se ha llegado a acuerdo se levanta un acta de mediación que se presentará en los tribunales correspondientes para su homologación y posterior ejecución ya que esta acta tendrá el valor de una sentencia.

En caso de no llegar a acuerdo también mediante un acta se constata el hecho y con esta “acta de mediación frustrada” podrá darse inicio al procedimiento judicial tradicional.

7.1.- Duración de la mediación

El proceso de mediación deberá durar como máximo 60 días, contados desde que se comunica al mediador su designación, sin embargo en caso de que se requiera más tiempo, los participantes de común acuerdo pueden solicitar se amplíe el plazo hasta por 60 días más⁴¹.

En el caso argentino para llevar a cabo una mediación el mediador dispondrá también de 60 días prorrogables por acuerdo de las partes y en los casos de mediación voluntaria se reduce el plazo a 30 días.

⁴¹ Artículo 110.- Duración de la mediación. proceso de mediación no podrá durar más de sesenta días, contados desde que se comunica al mediador su designación por parte del juzgado de familia. Con todo, los participantes, de común acuerdo, podrán solicitar la ampliación de este plazo hasta por sesenta días más. Durante ese plazo, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen. Podrá citarse a los participantes por separado.

7.2.- Acuerdos

En nuestro país, los casos en que exista acuerdo⁴² sobre algunos o todos los puntos sometidos a mediación, se materializará ese acuerdo en un acta “El acta de mediación” que deberá ser firmada por las partes. Posteriormente el mediador remitirá el acta al tribunal competente para su aprobación pudiendo el juez subsanar los defectos formales que tuviere, pero respetando siempre la voluntad de las partes, al ser aprobada por el juez tendrá el valor de sentencia ejecutoriada, se hará exigible y ejecutable como toda sentencia.

Como refuerzo a esto existe una unidad de cumplimiento en los juzgados de familia que está encargada de hacer cumplir las resoluciones judiciales, que establece mecanismos de cumplimiento o ejecución de las sentencias, así se evita que las sentencias que fueron incumplidas reingresen a los juzgados como nuevas causas.

En el caso argentino cuando al concluirse la mediación se constate por el mediador que es factible establecer acuerdos se vaciarán dichos acuerdos en un acta de mediación que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el proceso pero solo se exigirá homologación cuando la mediación involucra derechos de menores e incapaces, en estos casos el representante legal deberá solicitar la homologación del acuerdo al juez sorteado y que sea competente de acuerdo a la materia⁴³.

⁴² Artículo 111.- Acta de mediación. En caso de llegar 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, pudiendo el juez en todo caso, subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

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

Se entenderá que la mediación se frustra si alguno de los participantes, citado por dos veces, no concurriere a la sesión inicial, ni justificare causa; si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación, y, en general, en cualquier momento en que el mediador adquiriera la convicción de que no se alcanzará acuerdos.

⁴³ Ley 26.589. Artículo 56.- Sustituyese el artículo 500 del código procesal civil y comercial de la nación por el siguiente:

Artículo 500: Aplicación a los títulos ejecutables. Las disposiciones de este título serán así mismo aplicables:

En los casos en que no se haya logrado acuerdo ya sea porque las partes se reunieron y no lograron dialogar sobre sus pretensiones o en los casos en que no se presentaron una o ambas partes⁴⁴, igualmente se levanta un acta en la que se deja constancia del término de la mediación, se entregará copia a las partes que lo soliciten y se remitirá al tribunal correspondiente.

7.3.- Costos de la Mediación.

En los casos que contempla esta tesina (Mediación previa obligatoria) la mediación será gratuita para las partes, excepcionalmente tendrá costo cuando los usuarios dispongan de recursos para financiarlo de forma privada, se realiza una evaluación socioeconómica de los intervinientes solicitando ciertos documentos que acrediten nivel de ingresos, capacidad de pago, número de integrantes del grupo familiar, etc.⁴⁵

Para proveer los servicios de mediación sin costo para las partes, el Ministerio de Justicia proveerá los servicios de mediadores por medio de la contratación de personas jurídicas o naturales, a fin de que exista una adecuada oferta acorde a las jurisdicciones de los tribunales y se encuentren inscritos en el Registro de Mediadores.

En Argentina por cuanto la cantidad de causas y materias sometidas a mediación son mucho mayores, los servicios de mediación tienen por regla general un costo para las partes⁴⁶, el mediador percibirá un honorario básico cuyo monto y condiciones de pago se establecen vía reglamentaria, sin

1.- A la ejecución de transacciones o acuerdos homologados.

2.- A la ejecución de multas procesales.

3.- Al cobro de honorarios regulados en concepto de costas.

4.- Al acuerdo instrumentado en acta suscrita por el mediador, con la certificación de su firma, salvo en el supuesto en que se hayan controvertido derechos de menores e incapaces. En estos casos, el representante legal con intervención del ministerio pupilar, deberá requerir previamente, la homologación del acuerdo a la materia. Tales actuaciones están exentas del pago de la tasa de justicia.

⁴⁴ En el caso de Chile la ley 19.968 en su artículo 111 prevé que la mediación podrá frustrarse cuando alguno de los participantes citados dos veces, no concurre a la sesión inicial ni justifica su inasistencia, si concurre y manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación y en general en cualquier momento en que el mediador tenga la convicción de que no se llegará a acuerdo.

La ley argentina 26.589 establece en su artículo 27 que en caso de que la mediación se concluya sin acuerdo de la partes, ya sea por imposibilidad de llegar a acuerdo entre ellas o por incomparecencia, que si es injustificada se impondrá una multa, luego de ello se labrará un acta en que conste el resultado de la mediación y con ello el requirente quedará habilitado para iniciar el proceso judicial.

⁴⁵ El decreto exento 2308 del 19-06-2009 Fija la clasificación socioeconómica y factores adicionales para la gratuidad de los servicios de mediación familiar previa.

⁴⁶ Artículo 35. Ley 26.589- Honorarios del mediador y de los profesionales asistentes. La intervención del mediador y de los profesionales asistentes se presume onerosa. El mediador percibirá por su desempeño en la mediación un honorario básico cuyo monto y condiciones de pago se establecerán reglamentariamente por el Poder Ejecutivo Nacional.

perjuicio de que las partes que no contaren con los recursos necesarios podrán optar al procedimiento gratuito y se llevará a cabo en los centros de mediación del ministerio de justicia o centros de mediación públicos que ofrezcan este servicio.

8.- Algunas mediciones del sistema de mediación.

En nuestro país en el año 2009, antes de que comenzara a aplicarse la mediación previa obligatoria en todo el territorio nacional, el 1º juzgado de familia de Santiago inicio un plan piloto desde Febrero, que permitió prever el nuevo escenario y solucionar dificultades que podrían suscitarse durante la implementación de la mediación obligatoria para todo el país.

En este plan piloto se aplicó un sistema de agendamiento de la primera sesión de mediación desde el mismo tribunal. Desde el 17 de febrero al 29 de mayo el total de causas derivadas a mediación desde el 1º tribunal de familia de Santiago ascendió a 1005, un promedio de 14,15 causas diarias.

La experiencia en cuanto a resultados fue bastante provechosa, del universo de causas que ingresaron (en las tres materias que posteriormente fueron de mediación previa obligatoria) un 37% de ellas terminaron en acuerdo, un 21% sin acuerdo, un 11% fue citado por segunda vez a la primera sesión, teniendo en consideración que aun (en el momento que se tomó la muestra) se encontraban un 31% de las causas en tramitación. Posteriormente en diciembre del año 2009 la mediación familiar previa y obligatoria se extendió a todo Chile.

Actualmente tenemos un panorama más completo con cifras que muestran no solo una experiencia piloto de aplicación de la mediación (previa y obligatoria) ya con casi tres años de vigencia en todo el territorio nacional.

Las estadísticas corresponden al periodo comprendido desde el 1 de junio del 2009 hasta el 31 de diciembre del 2011.

De un total de 593.960 causas ingresadas a los tribunales de familia de todo Chile; 369.511(un 62,21 % de las causas ingresadas) pertenecen a alimentos, 155.100 (26.11% de las causas) son causas concernientes a relación directa y regular; por último 66.007 (que representa un 11,11% de las causas) corresponden a cuidado personal. El porcentaje restante 0.56% con 3.342 causas correspondería a otras materias.

De un total de 424.267 causas ingresadas a los tribunales de familia de todo el territorio nacional, un 42,03% (178.320 causas) terminaron en acuerdo, el 20,54% de ellas terminaron sin acuerdo (87.134 causas), en estas se llevaron a cabo procesos de mediación con una, o más sesiones conjuntas y un 37, 43% (158.813 causas) igualmente finalizó sin acuerdo pero con la diferencia de que en estas causas no se llevó a cabo ninguna sesión de mediación.

El alto porcentaje de mediaciones frustradas debido a una inasistencia de las partes (0 sesiones), que es incluso mayor que la finalizada sin acuerdo y en donde se han verificado una o más sesiones de mediación, no puede ser considerada un factor para determinar el fracaso o la ineficacia del proceso puesto que en dichos casos la mediación es inexistente.

Con lo anterior podemos inferir que los grados de adhesión o deserción a la mediación, no necesariamente pasan por la imposibilidad de establecer acuerdos entre las partes, ni por el mal funcionamiento de la mediación, sino mas bien por un desconocimiento o desinformación respecto a las cualidades, el funcionamiento y los beneficios que conlleva el proceso de mediación.

Además tenemos los datos de un informe solicitado por la Subsecretaría de Justicia (División Judicial – Unidad de mediación), relacionado con la percepción de los usuarios del sistema de mediación que se comenzó a aplicar en nuestro país a partir del año 2009, la licitación para realizar este estudio se la adjudicó ClioDinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería Limitada, quien evacuó un informe final en diciembre del año pasado y es precisamente del cual se han extraído las cifras referentes a la satisfacción de los usuarios en cuanto al sistema nacional de mediación.

La encuesta realizada por la consultora incluyó preguntas destinadas a obtener información respecto de cuestiones de orden estructural de los Centros licitados en funcionamiento, como la infraestructura, los servicios para la atención de las/os usuarias/os, pero en este trabajo, como se mencionó anteriormente solo haremos referencia a los datos entregados a propósito de la satisfacción de los usuarios.

1.- En general hubo una muy buena evaluación de los usuarios respecto al acuerdo que se logró al finalizar el proceso de mediación, el 92% de ellos

declara que tuvo la oportunidad de leer el acuerdo y plantear sus dudas al respecto.

2.- Se registran altos niveles de cumplimiento de los acuerdos, pero no condice con la sustentabilidad real de los mismos, los usuarios declaran que el acuerdo se ha cumplido en niveles medio altos (promedio de 5,8⁴⁷). Pero en la práctica, dentro de las respuestas que dan los usuario/as respecto del por qué no se ha cumplido totalmente el acuerdo, aluden principalmente a la falta de cumplimiento de los compromisos tanto en el régimen comunicacional para las visitas como el depósito de las pensiones, hechos que se relacionan directamente con las dos principales materias tratadas.

La mediación como forma alternativa de resolución de conflictos, propone generar conciencia a los intervinientes sobre la importancia de establecer compromisos reales que impliquen responsabilidad, de no ser así, simplemente se estaría retardando la resolución de las controversias mediante un proceso que indefectiblemente terminará con una decisión judicial.

3.- Positiva incidencia del proceso de mediación como traspaso de capacidades para resolver conflictos: Del total de usuario/as considerados en el estudio, un 64% de ellos se siente capaz de resolver conflictos con la otra parte sin intervención de terceros, siendo mayor en los hombres y solicitados que en las mujeres y solicitantes. Sin embargo en contraposición a lo anterior, las razones que declaran quienes dicen requerir la participación de terceros para resolver sus conflictos, aluden a problemas de comunicación, falta de compromiso e imposición de ideas de uno sobre otro.

En efecto, como se señaló anteriormente, en situaciones de desigualdad el mediador ha de estar atento a la posibilidad de enfrentarse a ellas por lo que se haría aconsejable frustrar la mediación y derivar los antecedentes a los tribunales de familia.

4. Baja incidencia de la mediación en la mejora de la relación entre las partes La evaluación que hacen los usuario/as respecto de la evolución o mejoramiento de la relación con la otra parte luego del proceso de mediación se ubica en un rango medio bajo, lo que habla de una baja percepción de mejora. Para muchos usuario/as, acudir a un proceso de

⁴⁷ Considerando que la nota máxima con que podía calificarse era 7.

mediación para resolver un conflicto por esta vía, representa la búsqueda de un resultado concreto, más que salvar o intentar recobrar la relación perdida con la otra parte.

5.- Altos índices de recomendación de la mediación Si bien un 51% de los usuario/as entrevistados/as declara no haber recomendado el proceso de mediación, un 71% declara que sí la recomendaría lo que da cuenta de la satisfacción que tienen con el proceso mismo y con el resultado alcanzado. Tres de cada cinco usuarios (correspondiente al 61% de los encuestados) declara que el acuerdo alcanzado representa la solución al conflicto que tenía, por lo que la mediación representa para ellos una alternativa viable y rápida para cambiar la situación que están viviendo.

6.- Mejoramiento aspectos relevantes del mediador: Por último, se les consultó a los usuarios que sugerencias le harían a los mediadores para mejorar el proceso, debemos tener en consideración la no despreciable cifra de un 33% que indican que está todo bien y que no harían sugerencias con un 33%.

Por otra parte los usuarios que revelan que podría mejorarse el sistema, hacen alusión al nivel de imparcialidad de los mediadores con un 10% de los encuestados afirman que es un punto a mejorar además de de que se debería agilizar aún más el proceso, un 8 % de los encuestados indica que es necesario realizar una mayor supervisión y seguimiento del proceso.

Ahora bien, respecto de la mediación en Argentina el panorama es el siguiente⁴⁸ (Considerando el periodo comprendido desde 1996 hasta el 2011):

La existencia de la mediación previa a todo juicio instaurada por la ley 26.589 modera el incremento de la litigiosidad en los aspectos comprendidos por ella (ya detallados más arriba).

⁴⁸ República Argentina (2011). Mediaciones oficiales de Sorteo [en línea]: documento electrónico [fecha de consulta: 30 abril 2012]. Disponible aquí: http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/Nacional_med.pdf

Respecto de algunas materias propias del Derecho de familia tenemos los datos que nos proporcionan tres materias que son las de ingreso más frecuente en los tribunales y/o mediación familiar;

- a) Alimentos: En el año 1996 se iniciaron un total de 1.695 nuevas causas en los tribunales de familia, en el año 2010 la cifra desciende a 1.212 causas iniciadas, lo que corresponde una rebaja porcentual del 28,50 %.
- b) En cuanto a la tenencia de los hijos: en el año 1996 se dio inicio a 431 causas, llegando el 2010 a 351, descendiendo así la cifra de incidencia en un 18,56%.
- c) Por último en cuanto al régimen de visitas: Que en el año 1996 fue de 512 causas iniciadas, en el año 2010 ascendió en un 14,45% a 586, situación excepcional en relación a la implementación de la mediación previa obligatoria en el país.

El 34, 54% de las mediaciones oficiales de sorteo ingresa posteriormente a la vía judicial, o sea que el 65, 46% de las causas sometidas a mediación no van posteriormente a juicio. Punto en que la mediación cumple con su objetivo en miras a la descongestión del sistema tradicional de justicia (los tribunales).

Conclusión

Podemos concluir que ante los conflictos, la mediación propone una metodología, creativa, basada en satisfacción de los intereses de todos los involucrados. La mediación nos invita a pensar en la existencia de variadas posibles alternativas a la solución del conflicto, y las partes son quienes tienen que generar estas múltiples soluciones mediante un dialogo, una negociación abierta, honesta y de buena fe.

La mediación llegó, para quedarse, ahora está inserta en materias de familia y paulatinamente ha ido adentrándose (en nuestro país a lo menos) en otras materias como son el actual proyecto de mediación vecinal y comunitaria, ese ha convertido en un método alternativo e importante para la solución de conflictos, pues no busca que una parte tenga la razón o este por sobre otra, sino que busca mantener la relación entre ellas y la convivencia social.

La cultura de la mediación se expande gradualmente en nuevos ámbitos sociales. La democracia misma, ha propiciado nuevas formas de componer las relaciones, en la resolución de conflictos y en otros campos aparte del de la familia.

Como ya hemos dicho, y principalmente referido a los conflictos familiares, el principal objetivo de la mediación en cuanto proceso, no es únicamente la consecución de un acuerdo (ya sea total o parcial) entre las partes en disputa, busca más bien que se resuelva el conflicto de intereses subyacente a las personas que concurren a la mediación, puesto que, durante el transcurso de ella, se producen otras consecuencias intrínsecamente ligadas al proceso y que resultan beneficiosas para las partes, como el mejoramiento de las relaciones entre ellas, el diálogo y la comunicación, la recuperación de la confianza, e incluso pueda ser un aprendizaje para el futuro a la hora de enfrentarse a conflictos similares.

Al ser las propias partes en conflicto quienes establecen sus acuerdos tendrán un mayor compromiso y consecuentemente tendrán una mejor disposición frente al cumplimiento de dicho acuerdo.

La Mediación se muestra como una solución de conflictos igualitaria, equitativa puesto que se trata de una búsqueda de soluciones entre dos

personas que se encuentran en una posición de igualdad. Ninguna de las partes podrá venir a imponer a la otra la solución que crea mejor, sino que son las dos partes las que deciden por igual y el mediador es quien deberá velar porque esto se mantenga durante el proceso.

Es muy importante que los mediadores a la hora de iniciar un proceso de mediación cumplan a cabalidad los principios de ella para generar paulatinamente una mayor confianza de los usuarios en la institución, por lo menos en nuestro país en que se pretende extender a otros ámbitos, en el caso argentino ya está bastante consolidada como método alternativo de resolución de conflictos.

Es importante que la integración de los centros de mediación se efectúe por personas de diversas disciplinas para así tener una visión más amplia de los conflictos familiares y así poder brindar una ayuda integral a las personas que concurren a mediación. Proporcionando a la vez un mejor funcionamiento que permita un trabajo más efectivo y rápido a los tribunales de justicia.

La sobrecarga de los tribunales de justicia puede afectar los derechos de las personas que por una u otra razón deban acudir a ellos, por lo tanto es conveniente se planteen vías de descarga de los mismos, potenciando la adopción de técnicas alternativas de solución de conflictos.

Esperemos que la mediación lentamente vaya formando parte de nuestra sociedad, de nuestra cultura, que siga colaborando con los tribunales de justicia en la resolución de diversos conflictos, para de esta manera gozar de un sistema de justicia más amigable y eficiente.

Como lo señala el mensaje de la Ley N° 19.968 La mediación se ha ido erigiendo como uno de los pilares fundamentales del Sistema de Justicia Familiar "El conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto"(...)“apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar. Como ya se dijo, el procedimiento adversarial, hasta ahora predominante en nuestro ordenamiento, resulta inadecuado para resolver los conflictos familiares".

Si bien la mediación no es un remedio universal frente a la justicia tradicional, sí puede ser, la expresión de una nueva cultura del conflicto más orientada hacia la comunicación que hacia la confrontación, permitiendo a las

partes ser soberanos de sus propias decisiones en un proceso civilizado de “negociación”.

Se menciona en el DS 2308 que la magnitud e importancia que implica la prestación de servicios de mediación queda de manifiesto por la circunstancia de constituir un pilar fundamental para la descongestión de los tribunales y normal funcionamiento del sistema de justicia familiar siendo uno de los objetivos de la ley N° 19.968 y sus posteriores modificaciones, permitir que este nuevo sistema de resolución de conflictos se consolide en la ciudadanía ⁴⁹.

En el caso Chileno con la modernización del Estado, y las sucesivas reformas a la Justicia de Familia, se constató la necesidad de contar con una judicatura especializada que se abocad a los conflictos tanto familiares como de la infancia y de una forma integral, se va recogiendo su complejidad, para así brindar mejores respuestas a los usuarios.

Dentro de los principios rectores que se tuvieron en miras al realizar las reformas, se encuentran el de la colaboración, que aspira a que durante el procedimiento y en la resolución misma del conflicto, se busquen alternativas orientadas a reducir la confrontación entre las partes, prevaleciendo las soluciones acordadas por ellas, siendo la mediación el principal medio entregado por la ley para llegar a este fin.

La mediación es susceptible de ser interpretada, en su significado literal, es una técnica para la conducción de las disputas. Alegóricamente nos invita a creer en el protagonismo, el respeto, la confianza y la solidaridad. Respecto a lo moral, nos invita a asumir el desarrollo de de las relaciones con nuestros semejantes, incluidos nuestros circunstanciales adversarios en una disputa. Y analógicamente, se constituye en la invocación a una mayor participación de todos nosotros en la construcción de una sociedad más justa⁵⁰.

⁴⁹ Decreto Supremo exento N° 2308 Que fija la clasificación socioeconómica y factores adicionales para la gratuidad de los servicios de mediación familiar previa.

⁵⁰ SUAREZ, Marinés (2005): *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Prologo de Leonardo Schvarstein. (Buenos Aires, Paidós) 31 pp.

Bibliografía.

- Osvaldo D. Ortemberg “Mediación Familiar” Aspectos jurídicos y prácticos, Buenos Aires Editorial Biblos. 1996 180 pp Marinés Suarez, Mediando en sistemas Familiares, 1° ed editorial Paidós 2002. 413 pag
- Marinés Suarez, Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, Buenos Aires 2005 320 pag
- RIPOL-MILLET, Aleix. Familia, trabajo social y mediación, Paidós, 2001.
- Sara Llona Rodríguez, Deborah Levit Beerbrayer, María de la Paz Donoso Díaz, Clara Salgado Menchaca. Manual de mediación familiar. Ediciones UCSH (Ediciones lom) 2003 Santiago.
- Juan Carlos G Dupuis. Mediación y conciliación (mediación patrimonial y familiar, conciliación laboral) 2° edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006. 476 pag.
- Maximiliano Pejkovich, Temas de Mediación Familiar, Fundación Editora Notarial FEN, colegio de escribanos provincia de Buenos Aires. 2003. 126 pag.
- Melba Arias Londoño. La conciliación en derecho de familia, 2002. Legis Editores. Colombia. 457 pag.
- Jorge Danilo Correa Selamé. Procedimientos Ante Los Juzgados de Familia, Editorial Puntotex, 2006 Santiago 268 pag.
- Sara Rozenblum De Horowitz, Mediación y Revinculación, Un proceso de cura ara la familia, Buenos Aires, editorial Lexis Nexis 195 pp

Recursos Bibliográficos en línea.

- Herrera Beatriz. (2010) La mediación: Una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis de la mediación educativa. [en línea]: Documento electrónico obtenido de internet [fecha de consulta: 30 abril 2012]. Disponible aquí:
http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80254/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_HerreraSanchez_B.pdf

Normas Consultadas.

- Normativa Chilena:

- Ley 19.968 Que crea los Tribunales de Familia.
- Nueva Ley de Matrimonio Civil.
- Ley N° 20.286 que Introduce Modificaciones Orgánicas y Procedimentales a la Ley N° 19.968
- Decreto 673 Fecha Publicación: 30-10-2004 Aprueba normas reglamentarias sobre matrimonio civil y registro de mediadores.
-
- Normativa Argentina:
 - Ley 26.589.
 - Decreto 1467 publicado el 22/09/2011 Que reglamenta la ley 26.589.
 - Ley 13.951 Mediación en la provincia de Buenos Aires.