



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

ANÁLISIS CRÍTICO AL PROCESO DE MEDIACION FAMILIAR EN CHILE

INGRID KARINA DEL PILAR MANGELSDORFF CORBALÁN

Memoria presentada a la Facultad de Derecho d la Universidad Finis Terrae para optar al
Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Andrés López Arángüiz

Santiago, Chile

2017

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO 1.- CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCEPTO DE MEDIACION	4
1.- Consideraciones Generales	4
1.1.- Concepto de Mediación	9
1.2.- Concepto de Mediación Familiar	13
1.3.- Definiciones Doctrinarias de Mediación Familiar	13
2.- ORIGEN DE LA MEDIACIÓN	14
3.- IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN	16
4.- FUENTES	17
5.- PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN	18
5.1.- Principio de la voluntariedad:	18
5.2.- Principio de Igualdad de condiciones de las partes	19
5.3.- Principio de interés superior del niño, niña, adolescente o terceros interesados	20
5.4.- Principio de confidencialidad	20
5.5.- Principio de protagonismo de las partes	21
5.6.- Principio de Imparcialidad	21
6.- CARACTERÍSTICAS	22
6.1.- ASISTENCIA DE UN TERCERO IMPARCIAL	22
6.2.- Voluntaria	22

6.3.- Materia transigible.....	23
6.4.- Extrajudicial.....	23
6.5.- Definitiva.....	23
6.6.- Confidencial.....	23
6.7 Informal.....	24
6.8.-Flexible.....	24
6.9.- No adversarial.....	24
6.10.- Visión de futuro.....	25
6.11.- Reducción de Rivalidad y Mejoramiento de la Calidad de las relaciones humanas ..	25
6.12.- Transformación de la posición frente al conflicto.....	25
6.13.- Creatividad.....	26
6.14.- Eficacia y equidad.....	26
6.15.- Economía en tiempo y dinero.....	26
7.- VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN.....	26
7.1.-Ágil.....	26
7.2.-Económica.....	27
7.3.-Equitativa.....	27
7.4.- Democrática.....	27
8.- FINALIDAD DE LA MEDIACIÓN.....	27
10.- MATERIAS DE LA MEDIACIÓN.....	29
10.1. Mediación obligatoria y previa a los juicios de Alimentos, Relación Directa y Regular (visitas) o Cuidado Personal (tuición).....	29
10.2 Mediación voluntaria.....	30

10.3.- Mediación prohibida.....	30
10.4.- Materias a las que dé lugar la aplicación de la ley N°20.066	31
11. - EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN LA LEY 19.968.....	32
11.1.- Etapa I: Discurso inicial.....	34
11.2.-Etapa II: Comprensión de las perspectivas de las partes	35
11.3.- Etapa III: Clasificación de intereses y necesidades.....	36
11.4.- Etapa IV: Replanteo y generación de opciones	36
11.5.- Etapa V: Lograr un acuerdo o también llamada negociación o toma de decisiones..	37
12.- MODIFICACIÓN A LA LEY N°19.968, REEMPLAZO DEL TÍTULO V, “DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR”	38
CAPITULO 2.- EL MEDIADOR FAMILIAR.....	42
1.- El Registro de Mediadores.	42
2.- Requisitos de Inscripción	43
4.- Perfil del Mediador.	44
5.- Distribución de Asuntos.	46
6.- Status de los mediadores.	46
CAPITULO 3.- PROCESO DE MEDIACION FAMILIAR Y DERECHO COMPARADO	47
1.- Ventajas de la Mediación Familiar	47
2.-Mediación Previa y Obligatoria.....	48
3.- Proceso de Mediación Familiar	50
4.- Duración del proceso de Mediación.....	51
5.- Acuerdos del proceso de Mediación	51

6.- Motivos por los que se considera frustrada una mediación.....	52
7.- Costos del sistema de Mediación.	53
8.- La Mediación en el Derecho Comparado.....	53
8.1 La Mediación en Argentina.....	53
8.2 La Mediación en Estados Unidos: Estado de California	55
8.3 -Unión Europea, Recomendación N° R (98), del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar. Aprobada por el Consejo de Ministros fecha 21 de Enero de 1998.	59
9- CONCLUSIONES RESPECTO DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	61
CAPITULO 4.- PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA MEDIACION FAMILIAR.	62
1- Problema de obligatoriedad, en contraposición a la autonomía de la voluntad del proceso de mediación.	62
2.- PROBLEMA DE COSTOS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN LICITADA EN CONTRAPOSICIÓN A LA MEDIACIÓN PRIVADA.	64
3.- MEDIACIÓN, CONOCIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA.....	70
4.- ANÁLISIS ESTADÍSTICO RESPECTO A LAS CAUSAS SOMETIDAS A UN PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR Y NUEVAS MEJORAS AL SISTEMA.....	73
CONCLUSION.....	79
BIBLIOGRAFIA.....	82

INTRODUCCION

La incorporación de los mecanismos alternativos dentro de los procesos de reforma de los sistemas judiciales puede tener variadas motivaciones. Existen tres grandes justificaciones para el establecimiento de estos métodos:

1. Aumentar el acceso a sistemas de resolución de conflictos para aquellos casos que de otra manera no tendrían respuesta, principalmente aquellos que afectan a los sectores más pobres;
2. Descargar o descongestionar de trabajo a los tribunales haciendo más eficiente su gestión y
3. Mejorar la calidad de soluciones a través de una mayor participación de las partes. Esta última justificación nos permite sostener que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos poseen importantes ventajas para una política de justicia que desee ser eficiente y socialmente adecuada sobre la base de datos empíricos, argumentando que el creciente aumento de los litigios y la mayor heterogeneidad en la composición de éstos imponen al estado el deber de brindar a la ciudadanía una oferta heterogénea de protección y niveles de bienestar social en función de los menores costos que involucran y de la ampliación de acceso que provocan.

La presente investigación se enmarca dentro de la temática de mediación familiar, iniciativa de carácter gubernamental introducida al alero de la modernización del sistema judicial chileno. La nueva justicia de familia, se caracteriza por ofrecer a las familias instancias pacíficas para resolver sus conflictos, ayudando de esa forma a mitigar la confrontación entre los miembros de la familia permitiendo, reorganizar el escenario familiar en función de los intereses de los afectados¹.

¹ Biblioteca Nacional congreso de Chile, Historia de la Ley que crea los tribunales de Familia, Boletín N° 2118-18, 1997), [Fecha Consulta: 14 de Enero 2017], disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/22979/2/HL19968...doc.

Así, la mediación nace en el instante de reconocer en ella un interesante y renovado ámbito de acción en el rubro de la familia. Además, la mediación rescata una concepción del ser humano como responsable de sí mismo, que tiene la capacidad de tomar sus propias decisiones, además de ser un sistema que se prefiere por sobre otros mecanismos, debido a que promueve una mayor y mejor comunicación entre las personas, instalando una cultura del diálogo, y haciéndolas más responsables de sus propios actos. En definitiva, favorece formas más democráticas y participativas de resolución de conflictos.

Pero a pesar del progreso desde la instauración de este mecanismo de solución de conflicto, lo importante es lograr entender y dilucidar si resulta efectiva la mediación, donde nos preguntamos, ¿Es posible mediante el proceso de Mediación como solución alternativa, resolver un conflicto de carácter familiar?, ¿Qué porcentaje de casos ingresados llega finalmente a un acuerdo?, ¿La obligatoriedad de la Mediación en algunos casos, ayudara a la solución del conflicto previo a un juicio?, ¿Serán nuestros mecanismos correctos e idóneos para enfrentar un problema, que además de resolver derechos de relevancia jurídica tienen una carga afectiva importante? ¿Los mediadores familiares estarán capacitados para enfrentar, resolver y encaminar adecuadamente a las familias a solucionar su interés? Son respuestas y análisis que se indagaran en profundidad en esta memoria.

En el capítulo dos, veremos conceptos generales respecto a la Mediación Familiar, características, definiciones doctrinarias, fuentes y principios que nos hagan conocer los comienzos de la Mediación, sobre que trata el sistema y la forma en que se establece este mecanismo de solución de conflictos.

En el tercer capítulo, abordare sobre la figura del mediador familiar, los requisitos para ser mediador, el registro de mediadores en Chile, y todo lo referente a su figura y perfil que caracterizan a esta figura que media entre las partes y el conflicto y el cual debe poseer características y requisitos específicos que lo validen para llevar a cabo los procesos.

El cuarto capítulo, es referente al análisis del proceso de Mediación Familiar en Chile, como se conforma, cuál es su proceso, las ventajas que conlleva este sistema para la solución del conflicto, se analiza a su vez el Derecho comparado, con el fin de entablar un paralelo de cómo funciona este sistema en otros Estados en comparación con el procedimiento en Chile, la forma en cómo se aborda esta institución y como se percibe en la población.

En el último capítulo, se realiza un análisis más crítico a todo lo expuesto, se pretende analizar con estadísticas como ha funcionado la Mediación Familiar en Chile desde su instauración en el año 2005 a la fecha, realizando críticas de mejoras como también destacando las nuevas prácticas realizadas a través de estos ya diez años desde la puesta en marcha del sistema.

CAPITULO 1.- CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCEPTO DE MEDIACION

1.- Consideraciones Generales

Es sabida la sobrecarga de los Tribunales de Familia, ante lo cual, el país ha incorporado importantes transformaciones de carácter formal y de procedimiento ante la forma de tratar nuestros derechos. Es así, como se plantean vías de descongestión de los mismos, potenciando la adopción de un conjunto de técnicas de solución de conflictos y en donde recae nuestro tema a tratar que es la Mediación Familiar.

La mediación ha sido definida de diversas maneras por distintos autores y legislaciones. En el caso chileno, uno de los conceptos utilizados es el del artículo 103 de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia y que establece que la mediación es *“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”*.

Se ha dicho que, si bien la mediación no es una panacea universal frente a la justicia tradicional, es un cambio expresado en una nueva cultura del conflicto, más orientada hacia la comunicación que hacia la confrontación.

Desde una perspectiva amplia, la mediación se puede presentar como un procedimiento no judicial de regulación y no necesariamente de resolución de conflictos familiares que implica la intervención de un tercero imparcial, que guía a las partes, estableciendo comunicación entre ellos, con el fin que estas encuentren por si mismos la base de un acuerdo que contribuirá a poner fin al conflicto de relevancia jurídica, o bien manejarlo

y buscar una salida judicial. El mediador familiar, no es entonces un conciliador familiar y tampoco toma el lugar del juez².

Se trata de una actividad práctica, destinada a facilitar el dialogo con el objeto de redefinir y resolver los problemas de reorganización de la familia, en un momento de crisis, como una forma de atribuir a los propios protagonistas del conflicto, la toma de decisiones al respecto, con un objetivo definido, con tareas precisas a cumplir, con plazos determinados y formalidades establecidas que nos permite diferenciarla del ámbito terapéutico.

Es así, como la unidad de mediación (UMED), fue creada en el año 2006 mediante la resolución exenta N°15, que depende jerárquicamente de la división judicial del Ministerio de Justicia (MINJU), y tiene la misión de “potenciar la mediación como un mecanismo moderno, eficiente y menos confrontacional de resolución de conflictos en la sociedad en su conjunto”³. Administrativamente, la mediación, está organizada a través de centros (usualmente llamados centros de mediación licitados), dado que están contratados por medio de licitaciones públicas para entregar un servicio de mediación gratuito a los casos que cumplen características socioeconómicas determinadas.

La importancia de la mediación en los asuntos de familia, se caracteriza por su alto contenido afectivo, por la existencia de causas generadoras de conflicto en ocasiones de antigua data y por la necesidad de mantenimiento del vínculo entre las partes. El método del litigio judicial, que incorpora un sistema de ataque y defensa e incluso de prueba sobre aspectos muy íntimos de la familia, trae como consecuencia una profundización del conflicto y que lo hacen irreconciliable.

Así, se afirma, que el interior del grupo familiar, es una red de vínculos relacionados emocionalmente: vínculos de pareja, paternos, filiales, entre hermanos y otros. Estos vínculos ofician de vías y son vehículos de todo tipo de intercambios en ambas

² La Mediación Familiar, Conceptos Generales y Legislación Extranjera, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamentos de Estudios, Extensión y Publicaciones, Julio 2003, Santiago, Chile, Pp. 3-49.

³ Sistema de Mediación en Chile, [Fecha Consulta: 14 de Enero 2017], Disponible en <http://www.mediacionchile.cl/portal/unidadmediacion/creacionyfunciones>.

direcciones. El grupo familiar cumple varias funciones: matriarcal, de humanización, de individualización o identificación y socializadora.

La crisis como momento de cambio y de mucha vulnerabilidad será la oportunidad de reorganización de la familia, de manera de asegurar su continuidad en las funciones consideradas esenciales para los menores, que la estructura protege y alberga.

Por tanto, a través de la mediación se pretende inscribir el conflicto en un marco de cooperación, en vistas no a la disolución de la familia sino a su reorganización, entregándole a las partes la posibilidad de reglar sus relaciones futuras. Se trata de un cambio de actitud favorecido por el alto grado de insatisfacción que produce para los operadores del derecho que intervienen, imponer soluciones elaboradas sin la participación de aquellos directa o indirectamente afectados.

Respecto a los distintos tipos de conflictos jurídicos que se suceden a diario, se deben diferenciar cuales son mediables y cuáles no. Tradicionalmente los conceptos de orden público y autonomía de la voluntad se consideran antagónicos, que operan en diferentes ámbitos, atribuyéndole al Derecho de Familia una mayor restricción de la autonomía de la voluntad que a otras ramas del Derecho Civil, ya que la mayor parte de sus disposiciones son de carácter imperativo.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, se ha ido introduciendo cambios en orden a permitir a los individuos diseñar su futuro, realizando acuerdos homologables en lo que respecta a los efectos personales y patrimoniales de las relaciones de familia. La idea es que el ejercicio de la libertad no debe ser temido, por lo tanto, las restricciones deben encontrarse debidamente fundamentadas y ser de carácter excepcional.

Pero hay consenso entre los tratadistas consultados, que existen en el Derecho de Familia conflictos en los cuales el interés superior del orden público, determina que no sean susceptibles de ser mediados. Tal sería el caso de la filiación o la adopción.

Al respecto se ha dicho que, cuando está en juego un derecho personalísimo como es el de la identidad de un menor, no es posible dejarlo librado a la voluntad de las partes. Sin perjuicio que se pueda acordar total o parcialmente aspectos formales que

contribuyan a lograr el resultado querido por la ley en la forma más colaborativa y consensuada posible.

El mediador deberá cumplir con ciertos requisitos y aptitudes que le harán posible desarrollar una mediación satisfactoria, por tanto son necesarias las siguientes capacidades, debe ser confiable; buen oyente; perceptivo; capacitado específicamente y con un entrenamiento interdisciplinario de la problemática familiar; hábil para la comunicación ; flexible; neutral; imparcial ; sigiloso (respeto de la confidencialidad y de las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto profesional); creativo; paciente y conciliador⁴.

El rol del Mediador se puede ver desde dos posiciones. Para algunos los mediadores deben limitarse a dirigir el procedimiento de las negociaciones y dejar las decisiones del contenido a las partes.

Sostienen que, en materia de familia, un divorcio, por ejemplo, los padres generalmente saben lo que les conviene a los hijos, como el funcionamiento de la familia. Ellos no necesitan de un experto que les diga lo que deben hacer. Lo que necesitan es un procedimiento que les facilite la resolución del problema.

Para otros que constituyen la mayoría, el mediador debe trabajar con las partes en la solución de fondo para llegar a una solución justa, sin que ello le reste imparcialidad y neutralidad. Es una función del mediador, guiar a las partes a una situación de equilibrio en las negociaciones. Ese equilibrio lo lograra a través de distintos cauces. Uno de ellos es que ambos contendientes compartan la totalidad de la información necesaria para resolver el caso.

Esa información no solo cubrirá las circunstancias concretas del caso, sino también las vinculadas al régimen jurídico vigente, a la jurisprudencia imperante y a todo otro dato objetivo que permite tener una idea clara de la situación, para el caso de someter a las partes del conflicto a juicio. También deberá busca que se despersonalice el problema, separando los distintos puntos del conflicto para la búsqueda de situaciones adecuadas.

⁴ La Mediación Familiar, Conceptos Generales y Legislación Extranjera, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Julio 2003, Op.Cit, Pp. 4-49.

El mediador es un tercero neutral, que asiste a las partes para identificar los temas de disputa, para la búsqueda de soluciones acordadas y mutuamente satisfactorias. Su función es lograr que con el acuerdo de ambas partes ganen, si de algún modo puede calificarse la búsqueda de soluciones equitativas frente a una situación en crisis. Por esta razón el mediador no puede permanecer impasible, cuando una de las partes abusando de la situación de inferioridad de la otra, del error o ignorancia pretenda lograr un acuerdo desequilibrado, de admitirlo, no sería neutral, puesto que silenciaría situación objetiva permitiendo con su silencio que se efectúe un acuerdo sobre bases falsas, que lo tomaría frágil y lo más importante, no resultaría una situación estable al problema⁵.

Ante esta vista general del sistema de Mediación y dejando claro su función como solución alternativa de conflicto, instancia para la cual fue creada y la figura de tercero imparcial que es el Mediador Familiar, es necesario indagar respecto de lo que ocurre luego de su instauración al inicio de la nueva justicia familiar, cabe señalar que en un principio, esta instancia era voluntaria para las partes en conflicto para prácticamente todas las materias de competencia de los tribunales de familia, esperando que ésta, mejorara la calidad de respuesta estatal, fomentando el dialogo entre las partes en conflicto y se ampliara el acceso a la justicia de los ciudadanos, descongestionando a su vez el despacho de los tribunales. Sin embargo, desde su puesta en marcha y ya con casos concretos que proveer, la mediación tuvo una aplicación mucho menor a la esperada, provocando desde la implementación de los Tribunales de Familia una mayor congestión y colapso, derivado directamente del carácter voluntario de la mediación que no estaba cumpliendo con su función de salida alternativa.

Es por esta razón que en el año 2008 se plantea la reforma a la Ley de los Tribunales de Familia (Ley 20.286 de 2008), la que entre otras modificaciones incorporo la Mediación Familiar previa y obligatoria para tres materias específicas: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. La cual corresponde a una etapa en la cual las partes son convocadas a concurrir antes de poder comenzar el proceso judicial

⁵ La Mediación Familiar, Conceptos Generales y Legislación Extranjera, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Julio 2003, Op.Cit, Pp. 9-49.

y que funciona como un requisito de procesabilidad de la acción. Si las partes no concurren o no llegan a un acuerdo en mediación, la parte solicitante puede interponer la acción ante el tribunal correspondiente. Este carácter obligatorio de la Mediación, provoca diversos análisis respecto a la libertad que tienen las partes a someterse a esta instancia de forma voluntaria, pero a su vez nos preguntamos que si las partes tienen un conflicto el cual deben poner en conocimiento de un tribunal, deben por su propia voluntad someterse a lo establecido para su solución, por tanto, la obligatoriedad no es tal si las partes no están interesadas ya que fácilmente pueden negarse a asistir.

El enfoque de esta memoria será determinar desde el establecimiento

1.1.- Concepto de Mediación

La Mediación es un mecanismo de resolución de conflictos en que un tercero imparcial ayuda a las personas a buscar por si mismas una solución al conflicto por la vía de acuerdo mutuo, de modo que se satisfagan recíprocamente y equitativamente las necesidades e intereses de cada una de ellas⁶.

Se sustenta sobre la base de la participación directa y de la potenciación de sus recursos personales para que sean ellos quienes definan libremente los caminos a seguir. En este contexto el mediador actúa como un conductor y apoyo de proceso de búsqueda de acuerdos, facilitando el dialogo constructivo y creativo. El carácter imparcial del mediador se traduce en que este debe cuidar que su intervención carezca de favoritismos o prejuicios frente a uno u otro de los participantes y logre un equilibrio en la interacción de cada uno de ellos y de él mismo.

La voluntariedad y la colaboración de las personas en la mediación, son elementos centrales para que esta se lleve a cabo. Sin ánimo colaborativo, sin voluntad o disposición a dialogar, difícilmente se podrá siquiera iniciar un proceso de mediación y menos esperar que culmine un acuerdo.

Los conflictos de familia que son materia de la mediación:

⁶Def. propia del autor.

- Implican a las personas que tiene relaciones interdependientes que continuaran en el tiempo.
- Surgen en un contexto emocional complejo que tiende a agravarlos.
- La separación y el divorcio tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, especialmente los niños/as.

La mediación familiar se convierte en un proceso por el cual las partes dialogan y desarrollan las habilidades necesarias para solucionar por sus propios medios los conflictos que tienen, dejando de lado la lógica en que una de las partes tiene que ganar y la otra perder.

Desde una perspectiva amplia, la mediación se puede presentar como un procedimiento no judicial de regulación, y no necesariamente de resolución de los conflictos familiares que implica la intervención de un tercero imparcial, que guía a las partes, estableciendo comunicación entre ellos, para que estas encuentren por si mismas la base de un acuerdo, que contribuirá a poner fin al conflicto (en este caso se estaría cerca de la conciliación), o bien a manejarlo y buscar una salida judicial. El mediador familiar, no es entonces un conciliador familiar y tampoco toma el lugar de juez.

Se trata de una actividad práctica, destinada a facilitar el dialogo con el objeto de redefinir y resolver los problemas de reorganización de la familia, en un momento de crisis, como una forma de atribuir a los propios protagonistas del conflicto la toma de decisiones al respecto.

Esta caracterización como actividad práctica, con un objetivo definido, con tareas precisas a cumplir, en plazos determinados, permite diferenciarla del ámbito terapéutico⁷.

La Mediación es un procedimiento no adversarial de resolución de controversias mediante el cual las partes recuperan su autoestima, pues se sienten capaces de volver a tomar las riendas del rumbo de sus destinos, ya que no delegan la resolución del

⁷La Mediación Familiar, Conceptos Generales y Legislación Extranjera, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Julio 2003, Santiago Chile, Pp.15-49.

conflicto a un tercer individuo para que decida por ellas, sino que el poder lo retienen las personas, son ellas mismas las protagonistas y participantes de la Resolución alcanzada, por lo que asumen el control de la propia situación haciéndose responsables de la decisión y de cómo llevar adelante el Acuerdo alcanzado⁸.

En el apartado sobre los medios de Solución de Conflictos de Monroy Cabra, el autor señala lo siguiente sobre la mediación:

Consiste en someter la controversia a un tercer Estado extraño a ella, con el fin de buscar arreglo amistoso. El Estado mediador es acogido de común acuerdo por las partes. La propuesta del mediador no es obligatoria y su función es buscar una solución aceptable para las partes, utilizando generalmente procedimientos confidenciales.

El diccionario “Real Life Dictionary of the Law”, dice que mediación es:

El intento de poner fin a una disputa legal a través de la participación activa de un tercero (mediador), quien trabaja para encontrar puntos de consenso y hacer que las partes en conflicto acuerden un resultado favorable. La mediación difiere del arbitraje, en que el tercero (arbitrador), actúa como un juez fuera de un tribunal, en un ambiente menos formal pero no tiene una participación activa en la discusión. La mediación se ha convertido en medio común que trata de resolver las disputas o relaciones domesticas (divorcio, relación directa y regular de los niños, cuidado personal) y es en la mayoría de las veces ordenado que se cumpla lo acordado, por el juez en estos casos. La mediación también se utiliza con frecuencia en casos de demandas civiles y contratos. Existen mediadores profesionales o abogados que llevan a cabo mediación por honorarios sustanciosos, pero los costos financieros son menores que ventilar la cuestión en los tribunales y puede lograr una temprana terminación del caso y un fin a la ansiedad. Sin embargo, la mediación no siempre termina en un acuerdo.

⁸Concepto de Mediación Familiar, , [Fecha Consulta: 16 de Enero 2017], Disponible en: <http://webs.advance.com.ar/sanrafa/concepto.htm>

En la exposición del Licenciado Ramón Alemán sobre el tema de Mediación Familiar, genera el siguiente concepto de mediación⁹:

Es el proceso mediante el cual los participantes asistidos por una o más personas neutrales, aíslan sistemáticamente la cuestión en disputa con el objeto de considerar alternativas y encontrar opciones para llegar a un acuerdo que satisfaga los definidos intereses. (Las palabras claves son: persona neutral, aísla sistemáticamente..., buscar alternativas, llevar a un acuerdo que satisfaga interés).

Otra Definición es:

Técnica no adversativa, de manejo de conflictos dirigido por un facilitador o mediador, a la que acuden dos o más partes en conflicto en la búsqueda de una auto solución que satisfaga sus intereses¹⁰.

Se desprende de las definiciones mencionadas que la mediación es:

- Un procedimiento no adversarial.
- Que es pacífico.
- Que es cooperativo de resolución de conflictos.

Por tanto, su propósito propende lograr:

- Un acuerdo rápido.
- Sin los costos en tiempo, dinero y esfuerzo.
- De ser la cuestión conflictiva un proceso judicial.

La mediación es una instancia voluntaria a la que la parte puede o no asistir con su abogado. Se tiene como objetivo el acercamiento entre las personas que presentan una posición controvertida, un conflicto. El mediador esta para ayudar en que se

⁹ Otros conceptos de Mediación Familiar, [Fecha Consulta: 14 de Enero 2017], Disponible en : http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_23b.htm#c

¹⁰ Alemán Arias Ramón, Exposición sobre La Mediación Instrumento de Solución de Conflicto, , [Fecha Consulta: 14 de Enero 2017], Disponible en : www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_23b.htm.

clarifiquen, identifiquen esos intereses en conflicto y que se llegue a un acuerdo satisfactorio dejando de ser posible, el tener que recurrir al Tribunal de Justicia.

1.2.- Concepto de Mediación Familiar

La ley 19.968, que crea a los Tribunales de Familia, define en el Título V “de la Mediación Familia”, artículo 103, a la Mediación Familiar “Como aquel sistema de resolución de conflicto en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdos”.

1.3.- Definiciones Doctrinarias de Mediación Familiar

Marinés Suares, define a la Mediación Familiar como “un dispositivo no adversarial que incluye un tercero neutral, cuya función es ayudar a que las personas que están empantanadas en la disputa, puedan negociar en forma colaborativa y alcanzar una resolución de la misma”.¹¹

Oscar Contreras, la define como “aquel procedimiento alternativo de resolución de conflictos, no adversarial, en el que las personas involucradas colaboran directamente en la solución de sus propias dificultades, con la ayuda de un tercero imparcial y desprovisto de poder de decisión, el mediador, que actúa como facilitador”¹².

A partir de estas definiciones anteriormente descritas, podemos reconocer una serie de principios esenciales de la Mediación Familiar, los cuales se analizarán en su

¹¹Suarez, Marines, Mediación: Mediando en sistemas familiares, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002, Pp. 28-105.

¹²Contreras Saronic Oscar, Los niños en Mediación Familiar: ¿Objetos de protección o Sujetos de Derecho?, [Fecha Consulta: 17 de Enero 2017], Disponible en: www.geocities.com/suarez/publicaciones/ninionenmediacion.html.

oportunidad en base a la legislación nacional y los trabajos desarrollados por la doctrina.

2.- Origen de la Mediación

La mediación familiar se inició, en la segunda mitad de los años 70 en Estados Unidos, con el tiempo ha ido extendiéndose a otros países y a nuestro entorno. Surgirá para otorgar una salida extrajudicial al gran número de separaciones y divorcios que colapsan el sistema judicial. La mediación familiar parte de un presupuesto inicial: “las familias tienen sus propios recursos para tomar sus propias decisiones”¹³.

Además, durante las últimas décadas la institución de la familia ha experimentado importantes transformaciones. El resultado es un modelo de familia diverso, menos jerárquica y más igualitaria, tanto entre las personas unidas por un vínculo matrimonial o unión de hecho como entre las distintas generaciones.

Este nuevo clima familiar no ha supuesto la desaparición de los conflictos e incluso permite la manifestación de otros que, en situaciones de mayor desequilibrio de fuerzas podrían quedar latentes.

Por ello, se hace preciso extender el uso de modos de solución pacífica de los conflictos en el ámbito familiar. Entre ellos, la mediación ha adquirido un especial protagonismo, pues permite un acuerdo beneficioso para las distintas partes, mediante la intervención de un profesional, sin poder de decisión, que ayuda a que alcancen por si mismas un acuerdo bajo las características de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad.

Acompañar estos procesos de transformación con medidas de apoyo a la familia ajustadas a sus necesidades y demandas sociales, además de un imperativo legal, es un objetivo suficientemente justificado por su función social.

¹³Bolaños, J.I, Mediación Familiar; Una Forma Diferente de Entender la Justicia, Información Psicológica nº 60, Pp.23-25.

La mediación, es una disciplina que comienza a tomar forma y se posiciona en nuestro país a partir de Octubre del año 2005 con la puesta en marcha de los tribunales de familia, y se funciona como una estrategia de intervención que tiene como fin conseguir una salida pacífica a los conflictos generados en la convivencia familiar.

En este proceso, las partes en disputa pretenden resolver sus diferencias negociando, con la ayuda de una tercera persona, el mediador, quien facilita la búsqueda de soluciones, permaneciendo neutral y sin ejercer ningún tipo de poder en las decisiones de se adoptan.

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

En el proceso mismo, el mediador dirige las sesiones (conjuntas o privadas de los cónyuges), estimula una comunicación fluida, ayuda en la identificación y análisis de las causas de los conflictos, colabora en la precisión de los intereses de cada una de las partes involucradas, e interviene en la búsqueda y definición preliminar de posibles alternativas de solución.

Quizás uno de los principales, si no el más importante de los atributos de la mediación, sea su carácter VOLUNTARIO: De lo contrario, el proceso no tiene sentido, pues lo que pretende es establecer acuerdos surgidos de la libre y consciente voluntad de los involucrados.

Sin embargo, algunas legislaciones la han convertido en etapa obligada de procesos judiciales o administrativos, en las que posee dos dimensiones:

a) La primera se denomina voluntariedad formal (autonomía de la voluntad, la cual se requiere durante todo el proceso de mediación familiar: inicio, trámite y culminación). Tiene la capacidad de producir compromisos, constituir vínculos y de aceptar y aplicarlos derechos y deberes que se generan en su ejercicio.

b) La otra dimensión, es llamada voluntariedad material, y se refiere al hecho de que los adelantos que puedan lograrse en el proceso, además de necesitar del consenso entre partes, van conformando sucesivas decisiones que llevan a un acuerdo final exigible a ambas partes.

Habitualmente, a los conflictos que viven las familias se les denomina crisis, término que suele entenderse sólo en un sentido negativo. No obstante, y en esto se funda el verdadero sentido del concepto mediación, las crisis también pueden mirarse desde una perspectiva optimista, como una alternativa de cambio que permite capitalizarla e incluso rentabilizarlas, si se actúa con una decidida apertura a este cambio interno.

Por tanto, la mediación familiar, como estrategia de intervención, solo tiene como área de acción esta comunidad de vida y de amor construida por los cónyuges y por la familia y que, por las propias condiciones del desarrollo humano personal, a veces enfrenta situaciones y comportamientos que dificultan la armonía. La mediación es un proceso dinámico que actúa sobre el modo de convivencia familiar determinado por las relaciones conyugales, filiales y fraternales.

El derecho está presente cuando se constituyen las relaciones jurídicas atinentes al matrimonio y a la familia, pero también es testigo de los momentos en los cuales esas relaciones enfrentan conflictos que afectan y debilitan la constitución inicial y la permanencia en el tiempo de la vida matrimonial y familiar.

3.- Importancia de la Mediación

Los asuntos de familia, se caracterizan por su alto contenido afectivo, por la existencia de causas generadoras del conflicto en ocasiones de antigua data, y por la necesidad del mantenimiento del vínculo entre las partes. El método del litigio judicial, que incorpora un sistema de ataque y defensa, e incluso de prueba sobre aspectos muy íntimos de la familia, trae como consecuencia una profundización del conflicto.

Así, se afirma, que el interior del grupo familiar, es una vinculación de relaciones emocionales: vínculos de pareja, paternos, filiales, entre hermanos y otros. Estos vínculos ofician de canales y son vehículos de todo tipo de intercambios en ambas direcciones. El grupo familiar cumple funciones: matriarcal, de humanización, de individualización o identificación y socializadora.

Esta familia que tiene entidad real, más allá de la normativa jurídica en un tiempo y lugar determinado, que va cumpliendo su ciclo vital a través de etapas, previsibles o no, entre las cuales está la ruptura matrimonial, necesita incorporar aprendizajes y tareas nuevas indispensables para evitar un estancamiento evolutivo.

La crisis como momento de cambio y de mucha vulnerabilidad será la oportunidad de reorganización de la familia, de manera de asegurar su continuidad en las funciones consideradas esenciales para los menores, que la estructura protege y alberga.

Por lo tanto, a través de la mediación se pretende inscribir el conflicto en un marco de cooperación, en vistas no a la disolución de la familia sino a su reorganización, entregándole a las partes la posibilidad de reglar sus relaciones futuras. Se trata de un cambio de actitud favorecido por el alto grado de insatisfacción que produce, para los operadores del derecho que intervienen, imponer soluciones elaboradas sin la participación de aquellos directa o indirectamente afectados. La necesidad, sentida por los mismos jueces, de favorecer el logro de soluciones consensuadas ha contribuido al nacimiento de la mediación familiar y al desarrollo de las primeras experiencias en el ámbito judicial.

4.- Fuentes

En nuestro país, las fuentes de la mediación son primordialmente legales, pues la contienen y se refieren a ella:

- Ley de Tribunales de Familia. Ley 19.968 Título V. De la Mediación Familiar.

En sus artículos 103 a 114, se hace mención de la mediación. En el artículo 103 se define a la mediación; artículo 104 de la procedencia de la mediación; artículo 105 de

la derivación a mediación y designación del mediador; artículo 106 de los principios de la mediación; artículo 107 de la citación a la sesión inicial de mediación; artículo 108 de la duración de la mediación; artículo 109 de la acta de mediación; artículo 110 del registro de mediadores; artículo 111 de los requisitos para ser mediador; artículo 112 de la eliminación del registro y sanciones; artículo 113 del costo de la mediación; artículo 114 de la distribución de los asuntos.

- Ley 20.286 de fecha 15 de septiembre de 2008.

Viene a modificar el Título V , De la Mediación Familiar, principalmente respecto de la mediación previa y obligatoria para ciertas materias determinadas como alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

- Decreto 957 del Ministerio de Justicia de 2005. Se hace referencia del Registro de Mediadores. En el artículo 1º se define el ámbito de aplicación de la mediación; artículo 2 al 13, trata sobre el Registro de Mediadores; artículo 14 a 19 de la mediación sin costo.

5.- Principios de la Mediación

Entre los principios de la mediación, se encuentran:

5.1.- Principio de la voluntariedad:

Las partes por su propia voluntad deciden someterse a un proceso de Mediación Familiar, con el fin de buscar juntos una solución a sus conflictos de familia. Lo esencial de este principio es que las partes no solo deciden someterse a la Mediación, son que además son partícipes del proceso, elaborando sus propias soluciones, incluso los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento.

La voluntad de las partes está presente en este proceso y ellas podrán decidir si continúan o no, cuando algún punto de la negociación no les parece. Sin embargo, muchas veces esa decisión se debió a criterios negativos al respecto, ya que los abogados prefieren litigar, antes de llegar a acuerdos. Así el “cierre de las

mediaciones” llega a ser habitual en nuestros tribunales de familia y muchos opinaron que se debe a la falta de capacitación de los mediadores; pero, en muchos casos es consecuencia a que se prefiere el litigio. Un litigio es la forma en su momento, más utilizada. Así cualquier persona frente a un conflicto no duda en acudir a los tribunales e interponer una acción. Es por ello que la Mediadora y Docente de Negociación Ana Lucia Francetic se pregunta ¿Cuál es la idea que nos impulsa a enfrentar un proceso judicial, que es caro, lento, que obliga a poner en marcha un engranaje muy particular para llevar adelante el debido proceso, cuando existe la posibilidad cierta de solucionar el conflicto de una manera más simple, sencilla, económica con criterios de legitimidad que cuida la relación y ayuda a ser más responsable a cada uno tomando decisiones propias. Una de las respuestas, puede ser que las partes han sido asesoradas sobre la posibilidad de obtener, interponiendo una acción judicial, un beneficio más allá de los que el caso amerita. Luego, es difícil llegar a un acuerdo sosteniendo este argumento.

Debemos tener presente, que, en el mensaje del proyecto de ley, se recogen los principios fundamentales que rigen el proceso de mediación, mencionando a “la igualdad de las partes, confidencialidad, imparcialidad del mediador y las normas de procedimiento aplicables cuando una causa es derivada a mediación”¹⁴

5.2.- Principio de Igualdad de condiciones de las partes

Se trata de un principio esencial en la tramitación de los juicios, según la cual las partes intervienen en el proceso, ya sea como demandante o demandando, tiene idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos. En la mediación es igualmente esencial, ya que el mediador durante el proceso no puede dar un trato desigual a una de las partes porque si así ocurriera, impediría una justa solución y además sería parcial.

Los elementos de este principio son:

¹⁴Mensaje de S.E, el presidente de la Republica con el que indica el proyecto de ley que crea a los Tribunales de Familia, dirigido a la Honorable Cámara de Diputados, Santiago 3 de Septiembre de 1997, [Fecha Consulta: 22 de Enero 2017], Disponible en : <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/...>

- Es un presupuesto indispensable para que se lleve a cabo la mediación.
- El mediador debe velar y adoptar las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio.
- De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.

5.3.- Principio de interés superior del niño, niña, adolescente o terceros interesados

Este principio está consagrado en el artículo 106 de la ley 19.968. En virtud de este principio, el mediador, velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño y el de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

El tema no es menor, ya que, dentro de un conflicto de familia, que afecta intereses de terceros y principalmente de niños o adolescentes, es muy importante establecer cuál sería la mejor forma en que los niños y adolescentes formen parte de estos procesos de manera que su inclusión contribuya a una visión más integrada y contextual, abarcando una mayor gama de posibles alternativas de solución de las disputas familiares. Prescindir de las posturas de los hijos en los conflictos de familia, es una situación preocupante, toda vez que sus intereses también están en juego.

Así en el inciso segundo del artículo 106 de la ley crea los Tribunales de Familia, establece lo siguiente “en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, como los intereses de los terceros que no hubieran sido citados a la audiencia, a quienes también podrán citar”. Este artículo se condice con los tratados internacionales ratificados por Chile, entre ellos, la Convención Sobre los Derecho del Niño, que en su artículo 12 dispone que los Estados Partes garantizaran al niño, que esté en condiciones de formarse juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten.

5.4.- Principio de confidencialidad

Esta reconocido en el inciso final del artículo 106 de la ley 19.968 el establecimiento de la estricta confidencialidad de lo actuado ante los mediadores, favorece indudablemente la confianza de las partes en el proceso, porque les asegura que sus posiciones y aun los elementos de prueba en que sustentan sus argumentos, no han de trascender fuera de ese marco.

Así, en virtud de este principio, el mediador deberá observar lo siguiente:

- Deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación.
- El mediador está amparado por el secreto profesional.

5.5.- Principio de protagonismo de las partes

Significa que ellas mismas son las que buscan una solución al conflicto, ayudados por el Mediador, quien no les impone un determinado acuerdo.

5.6.- Principio de Imparcialidad

La imparcialidad, es uno de los principios que considera nuestra legislación, comúnmente se entiende por imparcialidad a la actitud que debe tener el mediador, esto es, no tomar partido por ninguna de las partes. Sin embargo, este principio según esta considerado en la Ley 19.968, es aplicado para todo el proceso de mediación y para todos los participantes de ella; entonces hay que distinguir entre imparcialidad de los mediadores y de las partes:

La imparcialidad de los mediadores, significaría que estos deben actuar dejando de lado sus valores, sus sentimientos y su necesidad de protagonismo ya que los únicos protagonistas son las partes. Para los mediadores esta es una difícil tarea, ya que los valores forman parte de nosotros mismos y no pueden dejarse afuera. No obstante, es necesario que los mediadores tengan en claro cuáles son sus valores y sus sentimientos

y reflexionen sobre ellos, de modo tal que no se transformen en un obstáculo para conducir el proceso, el cual tiene como protagonistas a las partes y no a ellos.

La imparcialidad desde el punto de vista de los participantes. Estos necesitan que se les asegure la imparcialidad, entendida como el compromiso por parte de los mediadores de no realizar coaliciones, es decir, uniones con uno de los participantes en contra del otro.

6.- Características

6.1.- Asistencia de un tercero imparcial

Significa la importancia de los mediadores para asistir en igual forma a las partes con el fin de que estos puedan expresar su punto de vista en el caso.

Dentro del contexto de la mediación, se ha entendido que una de las formas de mantener la imparcialidad es otorgar las mismas posibilidades a las dos partes, es decir, que:

- El mediador organice correctamente el hablar por turnos de los participantes.
- Otorgue el mismo tiempo a las reuniones o entrevistas individuales.
- Otorgue una proximidad física semejante.
- Utilice la misma forma de mirar y el mismo lenguaje, entre otras cosas.

6.2.- Voluntaria

Es voluntario, por que las personas ingresan al proceso de mediación por su propia decisión, ellas determinan cual es la información que transmiten y cual ocultan, deciden si llegan o no a acuerdo y desisten cuando ellas así lo estimen, en el mismo instante en que dejen de sentirse cómodos. Nadie está obligado a permanecer en contra de su voluntad. Por lo tanto los acuerdos que se logran son muy eficaces, teniendo una

mayor posibilidad de éxito por la carga emocional que posee algo que decidimos en conjunto.

Es decir, deben concurrir libremente las partes; si una de ellas se niega a asistir, no hay mediación.

6.3.- Materia transigible

Sigue el principio de que toda materia es susceptible de mediación, aunque existen excepciones, como por ejemplo las materias de mediación prohibida que se encuentran también en el art. 106 de la ley N°19.968 y son las relativas al estado civil de las personas, la declaración de interdicción, causas sobre maltrato de niños, niñas y adolescentes y los procedimientos sobre adopción.

6.4.- Extrajudicial

Esto es, en lugar del juicio y fuera del proceso judicial.

6.5.- Definitiva

Significa que pone fin al conflicto. Los puntos que consten en el acuerdo no podrán excepcionarse, el juez se limitará a ejecutarlo.

6.6.- Confidencial

La confidencialidad implica que todo lo que se diga en el proceso debe mantenerse en secreto para todos los terceros ajenos a la mediación. La confidencialidad tiene ventajas y desventajas. La mayor ventaja corresponde a los mediadores, que están protegidos por el secreto profesional. La mayor desventaja es la dificultad para compartir experiencias y realizar investigaciones.

En Argentina, por ejemplo, la confidencialidad rige ante la sede judicial y sobre el contenido de las reuniones individuales, pero esto tiene dos excepciones; la comisión

de un delito y el abuso de menores. La Ley chilena no distingue, pero queda claro que es un principio para todo el proceso de mediación y su contenido.

En mediación es tan central la confidencialidad, que se necesita tener características personales especiales para ser capaz de mantener la gran cantidad de secretos que sales a la luz en las sesiones de mediación. De esta forma la confidencialidad no solo debe ser mantenida frente a terceros extraños al proceso, sino también con respecto a lo dicho por cada participante en la relación con los otros participantes y/o sus abogados. Pero dado que estos no necesitan que todo lo que se dice en estas reuniones individuales esté protegido por la confidencialidad, cada uno de ellos puede autorizar al mediador para que alguno de los contenidos o reflexiones llevadas a cabo en una reunión individual, puedan ser comunicadas a la otra parte.

6.7 Informal

A diferencia del proceso arbitral o judicial, la mediación no se guía bajo etapas rigurosas que suponen pruebas, términos o plazos. La mediación es un método estructurado por las necesidades que planteen las partes.

6.8.-Flexible

Es flexible en el sentido de que el proceso no sigue un orden predeterminado y que no está sometido a las reglas legales. Es decir, no requiere precedentes legales.

6.9.- No adversarial.

A diferencia del litigio que es una forma adversarial de adjudicación y se sustenta en la confrontación, la mediación es colaborativa, las partes convergen hacia la búsqueda inteligente y creativa de una solución mutuamente satisfactoria que ponga fin a la controversia.

6.10.- Visión de futuro.

No remarca los hechos pasados ni busca culpables, pues generalmente en ello radica el conflicto; la mediación hace hincapié en las soluciones, no interesa lo anterior sino cómo resolver el problema hacia el futuro. Hasta aquí hemos vivido el problema, en adelante vamos a vivir la solución.

El juez examina el pasado y evalúa “los acuerdos concertados por las partes, las violaciones que una cometió en perjuicio de la otra”, y “las normas acerca de la adquisición de derechos, responsabilidades etc., que están conectadas con estos episodios” “Cuando él ha adoptado su posición sobre esta base, la tarea ha concluido”

En cambio, el Mediador trabaja para reconciliar los intereses competidores de las partes involucradas. Su meta es la de ayudar a las mismas a examinar el futuro y sus intereses o necesidades, y a negociar el intercambio de promesas y relaciones que sean satisfactorias y se ajustarán a las normas de equidad de dichas partes.

6.11.- Reducción de Rivalidad y Mejoramiento de la Calidad de las relaciones humanas

Reduce la rivalidad y mejora la calidad en las relaciones humanas ya que alienta la comunicación entre las partes posibilitándoles corregir sus percepciones. Si bien ese proceso no es didáctico, la participación activa que el mismo requiere, constituye el aprendizaje de nuevos conocimientos y experiencias que podrán ser usadas en nuevas situaciones de conflicto.

6.12.- Transformación de la posición frente al conflicto

Los que intervienen en este proceso ya no van a sentir que la decisión está afuera, sino que comienzan a percibir desde la perspectiva del otro y con ello, lograrán ver la implicación, la responsabilidad del accionar. “Ya no somos adversarios, simplemente

existen diferencias, pero ahora comprendemos que nuestras acciones, como individuos pueden superarlas”.

6.13.- Creatividad

Logra, poniendo en funcionamiento nuestro pensamiento creativo, que es el relacionado con los procesos mentales de la perspicacia, la creatividad y el ingenio, encontrar un mayor número de soluciones que las que los participantes perciben desde sus posiciones actuales, activando su capacidad de negociación en base a sus verdaderos intereses y necesidades, es decir, lograr que se pongan sobre la mesa todas las posibilidades, con lo cual se facilitará el arribo a un acuerdo en el que ambas partes se sientan ganadoras.

6.14.- Eficacia y equidad

Contempla los intereses de ambas partes, es un proceso de triunfo, todos ganan, el énfasis no está puesto en quien gana o pierde sino en establecer las necesidades de los participantes y esto es precisamente lo que lo hace eficaz, porque el tiempo no se malgasta y los recursos son aprovechados integralmente.

6.15.- Economía en tiempo y dinero

Utilizando la metodología de la Resolución Alternativa de Controversias, los conflictos se resuelven en algunas sesiones a diferencia de un proceso judicial largo y costoso, en tiempo y energías.

7.- Ventajas de la Mediación

7.1.- Ágil

Un conflicto que por vía judicial demorará en resolverse varios años, en mediación puede requerir de una sola sesión para concluirse.

7.2.-Económica

La Mediación, por su dinámica, significa ahorro de dinero, tiempo, energías, pero sobre todo evita la carga emocional de soportar el angustioso y desagradable pleito. Previene y resuelve los conflictos en el menor tiempo posible y con el menor costo.

7.3.-Equitativa

Los procedimientos controversiales, usualmente terminan con un ganador a expensas del perdedor. La mediación se adapta a las necesidades de las partes y busca satisfacer sus intereses. Desde luego ello implica que ambas partes concedan algo en beneficio del otro; pero siempre esta alternativa es mejor que el riesgo del final devastador de un juicio.

7.4.- Democrática

Las partes tienen el poder de la decisión. La mediación significa una suerte de autogobierno frente a una administración de justicia engorrosa y formalista, lenta y costosa. No es el juez, árbitro o tribunal, quien resuelve por ellas. La mediación, al igual que la negociación directa, recupera para las partes la capacidad y competencia de acordar una solución que convenga a sus intereses. Incrementa la participación de los ciudadanos y facilita su acceso a la justicia.

8.- Finalidad de la Mediación

Su finalidad la podemos visualizar desde tres perspectivas:

1.- Desde el punto de vista de las partes: éstas pretenden dar solución a un conflicto o asunto pudiendo aportar aquello que propenda a la solución de este. A su vez el

proceso les permite interferir directamente en la solución de este, ya que pueden proponer alternativas, presentar pruebas, entre otras.

2.- Desde el punto de vista del mediador: el fin que este persigue, es ayudar a las partes para que den solución a la controversia que los convoca, interviniendo directamente tal vez como un moderador en este proceso lo cual dependerá de la participación de las partes.

3.- Desde el punto de vista del juez o de los Tribunales: el fin de la mediación es otorgar a las partes del conflicto las herramientas necesarias para que sean capaces de solucionar sus problemas fuera de sede jurisdiccional, ayudando a descongestionar los Tribunales de Justicia.

9.- Participantes de la Mediación en Chile

La mediación familiar será para todas las personas que tengan conflictos familiares y que quieran resolverlos de manera no confrontacional, pacífica y con acuerdos que permanezcan en el tiempo y satisfagan a todos aquellos que participan.

Perfil mediador¹⁵, se enumeran como necesarias las siguientes capacidades:

- a.- Confiable;
- b. Buen oyente;
- c.- Perceptivo;
- d.- Capacitación específica y entrenamiento en el tratamiento interdisciplinario de la problemática familiar.
- e.- Poseedor de una seria intención de ayudar;
- f.- Hábil para la comunicación:
- g.- Flexible;

¹⁵La Mediación Familiar, conceptos generales y legislación extranjera, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Julio 2003, Santiago, Chile, Pp 30-49.

h.- Neutral;

i.- Imparcial;

j.- Sigiloso (respeto de la confidencialidad y de las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto);

k.- Creativo;

l.- Paciente;

m.- Conciliador.

Para Hanes, el mediador debe ayudar a las partes a aceptarle como alguien que “está comprometido con la negociación, no con persona alguna”, es equilibrio respecto de las personas participantes; “controla el proceso mientras pueda gestionar los contenidos traídos al mismo, por las partes; “no acepta definiciones unilaterales del problema; “les ayuda a desarrollar opciones para resolver, y “no guarda secretos para con ninguno de los intervinientes”.

10.- Materias de la Mediación

10.1. Mediación obligatoria y previa a los juicios de Alimentos, Relación Directa y Regular (visitas) o Cuidado Personal (tuición).

Conforme lo establece la ley (art. 106 Ley N° 19.968), desde 2009, si una persona requiere demandar judicialmente por alguna(s) de la(s) materia(s) señaladas, necesariamente debe intentar previamente un proceso de Mediación Familiar, sea en un Centro de Mediación contratado por el Estado o en un Centro de Mediación Privado. En definitiva, lo relevante es que la mediación debe ser guiada por un mediador/a registrado en el Registro Único de Mediadores Familiares del Ministerio de Justicia, conforme lo establece la ley.

La manera de acceder a los Centros es por alguna de las siguientes vías:

a) derivación por el propio Tribunal en el que se intentó demandar;

- b) asistiendo directamente a uno de los Centros contratados;
- c) derivación de la Corporación de Asistencia Judicial.

En caso de ser aprobados posteriormente por un tribunal, los acuerdos de mediación, tienen el mismo valor jurídico que una sentencia. Si las partes no llegan a acuerdo, ya que no están obligadas a ello, se retorna al curso normal de un juicio y se da curso a la demanda (para esto, es necesario contar con un Certificado de Mediación Frustrada, que es otorgado por el propio mediador/a).

10.2 Mediación voluntaria

La mediación voluntaria o facultativa es aquella en que las partes, libremente y sin la sugerencia de un juez ni la imposición de la ley, pueden acudir a un mediador/a para intentar poner término a un conflicto familiar mediante un proceso de mediación:

- a.- Aspectos educativos en la crianza de los hijos e hijas.
- b.- Asuntos relacionados con la patria potestad.
- c.- Autorización para salir del país.
- d.- Compensación económica.
- e.- Declaración de Bien(es) Familiar(es).
- f.- Separación Judicial de Bienes.

10.3.- Mediación prohibida

Hay una serie de materias que la ley excluye expresamente de la posibilidad de ser mediadas y, por tanto, necesariamente deben ser conocidos y fallados por un juez. Dichas materias, según lo establece el art. 106 de la Ley N° 19.968, son las siguientes:

a.- Estado civil (salvo hipótesis de la Ley de Matrimonio Civil).

b.- Declaración de interdicción.

c.- Maltrato de niños, niñas o adolescentes.

d.- Adopción.

Lo anterior, responde a una valoración que ha realizado el legislador, que consiste en que determinadas situaciones no pueden ser convenidas de manera particular, sin el conocimiento de un tribunal.

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

En una categoría intermedia a la de mediación facultativa, obligatoria y prohibida, quedan situados los asuntos a que dé lugar la ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. La regla general es que, en casos donde ha habido violencia intrafamiliar, no sea posible mediar. Pero, excepcionalmente se han reconocido ciertas hipótesis en las que sería posible llevar a cabo el proceso de mediación. En estos casos, no es obligatorio para el juez de familia someter a mediación, pero podrá hacerlo bajo ciertos requisitos, esto es, en el contexto de la aplicación de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. El juez deberá ser asesorado por el Consejo Técnico, y deberá cerciorarse de que las partes están dispuestas a participar en un proceso de esta naturaleza y de que existe algún grado de reconocimiento de la situación por parte del ofensor. Deberá tener en cuenta la capacidad de las partes en conflicto para negociar libremente y en un plano de igualdad, como, asimismo, el peligro potencial de violencia futura. Deberá existir, a lo menos una audiencia privada con cada una de las partes al inicio de la mediación, con el objeto de que ellas puedan expresarse libremente y la víctima de la violencia deberá contar siempre con asesoramiento letrado. Tanto la vía de la conciliación, como la de la mediación, quedan absolutamente descartadas cuando el demandado o denunciado ha cometido antes actos de violencia intrafamiliar o cuando el denunciante o demandante se opone a ellas.

11. - El Proceso de mediación en la Ley 19.968.

La Ley 19.968, establece en sus artículos 107 y siguientes, el proceso de Mediación Familiar, cuando éste proceda. Los casos en los que se puede llegar a un proceso de Mediación, son los siguientes:

- Antes de iniciar una acción judicial, por acuerdo de las partes, según lo establece el artículo 105 de la Ley 19.968.
- Al momento de presentarse una acción judicial, por instancia del Tribunal. El artículo 105 de la Ley 19.968, dispone en su inciso segundo: “al interponerse una acción judicial susceptible de mediación, el juez de Familia ordenará que un funcionario especialmente calificado instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a ella” (a la Mediación Familiar).
- Durante la tramitación de una acción judicial y hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia de juicio.

El principal efecto que producen estas dos últimas formas de inicio del proceso de Mediación, es la suspensión del proceso judicial, hasta que se levante el Acta de Mediación, el que dependiendo del resultado de la Mediación, terminara con el conflicto (previa aprobación del tribunal) o se continuará con el proceso judicial, en la etapa en que éste se suspendió.

Cabe señalar, que el proyecto de ley contemplaba a la Mediación Familiar en Chile como una instancia previa y obligatoria a los procesos judiciales, sobre algunas materias de familia. Es así como en el propio mensaje del Presidente de la República (Eduardo Frei R.), con el que se inicia el proyecto de Ley que crea a los Tribunales de Familia, señaló “las causas que versen sobre alimentos, tuición y el derecho de los Padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal, se someterán a un procedimiento previo de mediación. Las restantes materias podrán ser

derivadas a mediación en cualquier estado de la causa, hasta antes de la audiencia complementaria, mediante resolución que pronunciará el juez, oyendo a las partes.”¹⁶

Sin embargo, en el debate parlamentario se optó por regular a la Mediación Familiar, como una instancia voluntaria y alternativa al proceso judicial. Además esto responde al principio de la voluntariedad de la Mediación.

Una vez establecido los casos en que procede la Mediación Familiar, la Ley en su artículo 107 y siguientes, norma el procedimiento. El proceso de Mediación Familiar, tratado en nuestra legislación, es el modelo de la fundación Libra de la Universidad de Harvard

Modelo de la fundación Libra - Universidad de Harvard:

- Sesión conjunta inicial
- Sesiones privadas (optativas)
- Sesiones conjuntas intermedias
- Sesión conjunta final.

El artículo 107, dispone que el mediador designado fijará una sesión inicial de mediación. A la sesión inicial se citará, conjunta o separadamente, a los adultos involucrados en el conflicto quienes pueden concurrir personalmente, sin perjuicio de la presencia de sus abogados.

En esta primera sesión, el mediador deberá informar acerca de la naturaleza y los objetivos de la Mediación, junto con mencionar sus principios y el valor jurídico de los acuerdos a que puedan llegar. Esta etapa, comprende:

¹⁶Mensaje de SE, el presidente de la Republica con el que indica proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, dirigido a la Honorable Cámara de Diputados, Santiago, 3 de Noviembre de 1997. Pp. 37-48

11.1.- Etapa I: Discurso inicial

Esta primera etapa o introducción, es vital para el establecimiento de una relación que va a facilitar el resto del proceso de Mediación. El mediador debe proporcionar la estructura inicial, obtener la confianza y cooperación de los participantes, y fomentar su participación activa en el proceso.

- ¿Quiénes? Presentaciones personales.
- ¿Qué? Explicar método.
 - Roles.
 - Principios que rigen para el proceso.
 - Necesidad de colaboración.
 - Partes con poder, deciden ellos y no el mediador.
 - Mirada al futuro.
- ¿Cómo? Estas son las normas y desarrollo de la o las audiencias. Se establecen así las reglas de:
 - Comportamiento.
 - Funcionamiento.
- ¿Alguna pregunta? Asegurar total comprensión de las reglas del juego.

Según Christopher Moore¹⁷, el éxito de ésta primera etapa y en definitiva de la mediación, obligan al mediador a reunir información esencial, tales como:

- La motivación de los participantes para usar la mediación.
- Los antecedentes inmediatos, y los acontecimientos que dieron lugar al conflicto.
- Los estilos de los participantes en cuanto a interacción y comunicación.
- El estado emocional, actual de los partícipes.
- Las medidas para procesos legales y la intervención de otros partícipes.
- La protección inmediata y aspectos de seguridad, para cada participante y sus dependientes.

¹⁷Moore Christopher, El proceso de Mediación, Buenos Aires, Editorial Granica, año 1996.

Luego, el artículo 108 de la Ley 19.968, establece los plazos dentro de los cuales, se deberá realizar el proceso de mediación. Así por regla general, toda Mediación Familiar, no podrá durar más de 60 días, contados desde la fecha de la sesión inicial. Por excepción, dicho plazo se podrá prolongar por 60 días más, previo acuerdo de las partes.

Durante los 60 o 120 días que dure el proceso de Mediación, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen convenientes.

Luego el modelo seguido por nuestra legislación, reconoce las siguientes etapas:

11.2.-Etapa II: Comprensión de las perspectivas de las partes

Esta segunda etapa, se usa para descubrir todos los hechos importantes y aislar los verdaderos problemas, para presentarlos a los participantes. El mediador debe ayudar a los participantes a que comprendan a fondo sus áreas de acuerdo y conflicto. Es frecuente que, en la primera etapa, ya sea posible obtener una idea de los conflictos manifiestos y ocultos.

Para llevarla a cabo, el mediador debe:

- Otorgar ordenadamente la palabra: relatos.
- Tomar notas personales.
- Alentar a las partes a tomar notas.
- Preguntar sobre detalles importantes del relato.
- Contacto visual.
- Parafraseo:
 - Síntesis de lo relatado por las partes.
 - Aliviar carga emotiva.
 - Objetiviza el problema.
- Parafraseo a cada parte: neutralidad.
- Sirve para delimitar el asunto.

11.3.- Etapa III: Clasificación de intereses y necesidades

Durante esta etapa, el mediador debe determinar la naturaleza del conflicto, a través de los siguientes criterios de evaluación: ubicación del conflicto, duración del conflicto, intensidad de los sentimientos acerca del conflicto, y rigidez de las posiciones.

En esta etapa, el mediador deberá:

- Detectar el relato:
 - Posiciones.
 - Intereses y necesidades, esto es, el fondo de lo solicitado.
 - Sentimientos.
 - Creencias, es una pared.
 - Valores.
- Saltar de las posiciones a los intereses.
- Formular preguntas abiertas, para conocer y detectar intereses, como, por que, para que, que, cuál sería la solución, entre otras.

11.4.- Etapa IV: Replanteo y generación de opciones

La etapa IV plantea la pregunta básica “¿De qué manera es posible hacer lo que se desea en la forma más efectiva?”. Ambos participantes deben colaborar para encontrar la respuesta. Después de revisar el pliego de trabajo o las notas, el mediador debe analizar los puntos del conflicto.

Moore sugiere utilizar los siguientes criterios, para desarrollar las distintas alternativas de solución al conflicto:¹⁸

¹⁸ Moore Christopher. El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Ediciones Granica, Barcelona, 1995. pp. 43-86

- Necesidades de los participantes y otras personas que se verán afectadas por la decisión, como por ejemplo los hijos.
- Proyecciones de acontecimientos pasados al futuro.
- Pronósticos generales sobre aspectos económicos y sociales que pueden afectar a una opción.
- Formular preguntas de replanteo ¿Cómo satisfacer los intereses “A” de una parte y los intereses “B” de la otra?
- Permitir encuadrar el conflicto.
- Preguntar sobre la base de los intereses, apuntar a satisfacerlos integralmente.
- Formular ideas o prepuestas, esto es una técnica colaborativa para generar opciones de acuerdo.

11.5.- Etapa V: Lograr un acuerdo o también llamada negociación o toma de decisiones.

Constituye la última etapa del proceso, donde la cooperación de los partícipes es la tarea más importante en esta instancia, junto con el resultado que los participantes hayan convenido mutuamente. En cuanto a los problemas de mayor alcance, los participantes deben elegir las opciones que les parecen aceptables, aunque éstas no correspondan a su deseo original. Se les debe alentar para que asuman el riesgo y decidan.

Luego de la negociación, viene el esclarecimiento y redacción de un plan. Casi todos los participantes pueden elegir opciones para arribar a un acuerdo. La función de ésta etapa es producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes, sus decisiones, y su conducta futura. Este convenio, llamado por nuestro legislador como Acta de Mediación, debe redactarse de tal manera que los participantes puedan comprenderlo con facilidad y a su vez, puedan revisarlo posteriormente cuando los problemas resurjan.

Los participantes deben comprender que se trata de un documento de trabajo, que puede modificarse más tarde de acuerdo con la revisión legal, o con enmiendas que se redacten posteriormente, ajustándose a la realidad del momento.

Esta etapa se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- Opciones generadas y/o propuestas.
- Selección de mejores opciones.
- Trabajar con opciones seleccionadas.
- Elaborar propuestas.
- Acuerdo.

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

Desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de familia creado por la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, el 1° de octubre de 2005, la mediación no fue considerada dentro de las posibilidades reales de solución tanto por parte de los litigantes como de los tribunales que conocen de la materia, por lo que sus resultados cuantitativos esperados estuvieron muy lejos de la realidad. La mediación en un principio se había planteado como voluntaria, tanto en el inicio como en la permanencia de las partes en ella, este motivo generó que las personas con un problema de familia real y concreto y ante su desconocimiento respecto a esta nueva instancia judicial no se sometieran a este nuevo sistema. En gran parte esto fue producto del desconocimiento de sus reales ventajas, pero en otra, debido a ciertas características en su diseño original que la hacía facultativa en todas las materias en que es procedente, dentro de un procedimiento ya iniciado y, con engorrosos trámites para la obtención de su gratuidad.

Con el proyecto de ley que modificó la ley N°19.968 se establecieron tres importantes materias que necesariamente deberán ser iniciadas por un proceso de mediación, previo a la tramitación judicial de la demanda, con el propósito de incentivar la resolución de

conflictos en una etapa prejudicial, ellas son: derecho de alimentos entre padres e hijos, cuidado personal, y relación directa y regular.

Este tipo de asuntos familiares corresponden a la mayor cantidad de ingresos de causas en los tribunales que hacen factible la posibilidad de alcanzar acuerdos. Por otra parte, se eliminan los trámites para acceder a la gratuidad de la mediación, haciéndola extensible a una mayor cantidad de personas que las que finalmente contempló la Ley N°19.968 que establecía que “...quienes cuenten con privilegio de pobreza o sean patrocinados por las corporaciones de asistencia judicial o alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica gratuita, tendrán derecho a recibir el servicio gratuitamente...”.

Con esta modificación se buscó regularizar el funcionamiento de los Tribunales de Familia, la idea era entregar una respuesta de calidad y en tiempo y forma oportunos a las familias, por tanto, podemos establecer que con las modificaciones introducidas por la Ley N°20.286 al Título V de la Ley N°19.968, la mediación familiar se retoma como una posibilidad efectiva de solución distinta a la vía judicial, orientada a la solución pacífica de conflictos generados entre dos o más personas miembros de una familia. Si bien la mediación familiar en la nueva Ley N°20.286 es obligatoria en la mayor parte de los casos que conforman el universo de causas ingresadas a tribunales de familia, debemos entender esta obligatoriedad solamente respecto de su derivación, de lo contrario se opondría al principio de voluntariedad que caracteriza a dicha institución, y que tiene la ventaja de que al ser las partes "dueñas o protagonistas" de la mediación, garantiza que cualquiera de ellas manifestando su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se dé por terminada. Por consiguiente, aún en las materias de mediación obligatoria, las partes serán libres para abandonar esta instancia.

La mediación se ve también favorecida frente a otros métodos alternativos de resolución de conflictos por cuanto tiene un efecto “expansivo” que se produce a partir del proceso transformativo al que se ven expuestas las partes, lo que, a su vez, se traduce en un importante componente preventivo de situaciones de riesgo social al preocuparse del grupo familiar en su totalidad. Por otro lado, si bien desde su puesta en marcha ha significado grandes desembolsos para el Estado, es comparativamente una

vía menos costosa por la eficiencia del sistema, no tan solo desde el punto de vista económico, sino también desde el punto de vista social.

Así las cosas, hasta ahora con los cambios introducidos desde su implementación, el proceso de mediación da un resultado bastante favorable, por cuanto se ha logrado implementar cambios evolutivos que nos permiten dilucidar si el sistema realmente está funcionando como por ejemplo:

- 1) evaluación del cumplimiento de las metas por parte de los mediadores licitados.
- 2) gestión de informes técnicos que establezcan acciones ante mediaciones frustradas, o el caso de partícipes extranjeros o de pueblos indígenas.
- 3) bajar las tasas de mediación frustrada por inasistencia de ambas partes.
- 4) incorporar de mejor manera abogados especialistas en derecho de familia en el tema de la mediación e instituciones que trabajen en temas de familia.
- 5) incorporar a mediadores privados no licitados al sistema informático de mediación familiar (SIMEF), y junto con ellos fijar aranceles máximos para el desarrollo de la actividad.
- 6) creación de un código de ética que regule el quehacer de los mediadores familiares, sancionarlo y publicitarlo. El Sistema Informático de Mediación Familiar (SIMNEF), del Ministerio de Justicia, dentro de su informe estadístico a nivel nacional informa que entre Octubre de 2014 al 25 de febrero de 2016 ingresaron al sistema de mediación familiar 285.714 causas por alimentos (62,62%), 34.198 por cuidado personal del menor (11,54%), 73.867 por relación directa y regular (24,93%) y 2.717 calificado como otros motivos (0,92%); lo que comprende un universo total de 296.355 causas ingresadas al sistema durante este período, de las cuales 84.916 terminaron con acuerdo y 43.583 corresponden a causas frustradas en las que se realizaron una o más sesiones conjuntas.

En la constante búsqueda de perfeccionar el sistema implementado ya desde el año 2004, la Subsecretaría de Justicia encargó La Encuesta De Satisfacción De Usuarios

Del Sistema De Mediación Familiar, publicada a través del portal del Ministerio de Justicia en enero de 2011, a fin de conocer las percepciones y opiniones de los usuarios del sistema de mediación familiar, estableciendo una correlación entre la satisfacción de estos con la atención recibida. Se establecen, además, como objetivos específicos:

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

La última encuesta CADEM publicada por el Ministerio de Justicia en el portal de Mediación Familiar de fecha 25 de febrero de 2016¹⁹: - la mayoría de las personas señalan que la información respecto del proceso de mediación la han recibido a través de la Corporación de Asistencia Judicial y la Fundación de Asistencia Legal de la Familia.

Con respecto a la duración del proceso de mediación, desde que se inician las sesiones hasta que se llega a acuerdo, principalmente es de una semana. Y el tiempo de duración de cada sesión es principalmente entre media hora y una hora treinta minutos, y la mayoría de los participantes se mostró conforme con ello. Quienes no evaluaron positivamente este aspecto, consideraron que el tiempo fue breve en cuanto no pudieron exponer mayores antecedentes de la situación que se mediaba.

Respecto del cumplimiento de los principios de la mediación familiar podemos señalar que los participantes sintieron que tenían la libertad de participar o retirarse de la mediación durante todo el proceso, lo que indica que el proceso ha dado cumplimiento al principio de la voluntariedad. Sin embargo, determinados centros fueron mal evaluados en la Región Metropolitana, V y la X. El Principio de la Confidencialidad también fue percibido de una manera muy positiva por los partícipes a nivel nacional.

¹⁹ Mediadores Chile, [Fecha consulta 13 de octubre 2016], Disponible en : vinculo web <http://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/Informe-Final-Auditor-a-Encuesta-Satisfaccion-usuarios-Mediacion-Familiar-2015.pdf>

CAPITULO 2.- EL MEDIADOR FAMILIAR

1.- El Registro de Mediadores.

Corresponde a un listado de profesionales que se encuentran habilitados para conducir procesos de mediación familiar. Ha sido creado por el Ministerio de Justicia, por mandato legal del artículo 112 de la Ley 19.968, con el objetivo de asegurar que aquellas personas que dirijan procesos de mediación familiar en Chile, cuenten con ciertas características y conocimientos mínimos que permitan prestar un servicio de calidad.

Asimismo, es un registro único nacional, administrado por las Secretarías Regionales Ministeriales de Justicia (SEREMI) a lo largo y ancho del país. Esta organización se debe a que los mediadores tienen una potestad territorial limitada, que tiene como mínimo un tribunal de asuntos de familia o un juzgado de letras que conoce casos de familia y como máximo, el territorio que corresponde a una Corte de Apelaciones, o de varas mientras se encuentren en una misma región.

El Registro es público y a partir de la incorporación, los mediadores pueden adoptar algunas de las siguientes alternativas:

- Mediadores Registrados Privados, estando registrados quedan habilitados para realizar procesos de mediación, por las materias de mediación previa y obligatoria, de manera particular (Centros de Mediación Privada).
- Mediadores Registrados Licitados o Contratados, estando registrados, son parte de una licitación del Ministerio de Justicia adjudicada a un privado, de manera tal que realizarán los procesos de mediación en el contexto de la ejecución de un contrato de prestación de servicios de mediación familiar.

2.- Requisitos de Inscripción

La ley establece que, para ingresar al registro único de Mediadores Familiares, se deberá cumplir con 4 requisitos copulativos, que deberán ser acreditados ante la SEREMI respectiva. Los requisitos establecidos en el artículo 112 de la Ley N° 19.968, son los siguientes:

- 1.- Poseer un 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.
- 2.- Poseer un título o diploma de especialización en mediación y en materias de familia o infancia impartida por alguna Universidad o Instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en materias de mediación, familia o infancia, el cual deberá acreditar estudios de, a lo menos, 180 horas teóricas y 40 horas de practica efectiva. Del total de horas teóricas, unos mínimos de 80 deberán estar centradas en el proceso de mediación.
- 3.- No haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 y 365 del Código Penal, ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar, y
- 4.- Disponer de un lugar adecuado para desarrollar mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el Juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación.

El artículo 112 de la Ley de la Ley que crea los Tribunales de Familia, establece las sanciones y la eliminación del registro de mediadores. Esta norma establece las siguientes causales de eliminación del registro de mediadores:

- Por la muerte del Mediador.
- Por la renuncia de Mediador.
- Por la pérdida de los requisitos para ser mediador, decretada por la Corte de Apelaciones competente.

En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del mediador o abusos en el desempeño de sus funciones, el mediador inscrito podrá ser amonestado, suspendido en el ejercicio de la actividad por un periodo no superior a 6 meses.

Luego la ley, dispone que, en casos graves, podrá decretarse la cancelación de la inscripción. Impuesta esta última, no podrá volver a solicitarse la inscripción.

El inciso tercero del artículo 112 de la Ley 19.968, dispone el procedimiento de sanción, que consiste básicamente en:

- La competencia corresponderá a la Corte de Apelación del territorio donde ejerce sus funciones el mediador y resolverá en audiencia.
- Será a petición de parte, de la institución o persona jurídica a la que pertenece el mediador, o de oficio por el juez de familia competente, o por la respectiva Secretaria Regional Ministerial de Justicia.
- La decisión de la Corte de Apelaciones, será susceptible del recurso de reposición y de apelación, caso último en el cual, conocerá la Corte Suprema, en pleno y en cuenta, a menos que se estime raer los autos en relación.
- La resolución se comunicará a la correspondiente Secretaria Regional Ministerial de Justicia, para su cumplimiento. El cumplimiento se hará extensivo en todo el territorio de la Republica.

Los efectos de la sanción aplicada al mediador son:

- La inhabilidad del mediador, por el tiempo que se estime y se designara un nuevo mediador para los asuntos que tuviere pendiente.
- En caso de suspensión, el mediador deberá continuar, hasta su término, con aquellos asuntos que se le hubieren encomendado en forma previa.

4.- Perfil del Mediador.

Una de las definiciones más utilizadas para decir qué se entiende por un procedimiento de mediación es afirmar que “se trata de una negociación de tipo colaborativa,

facilitada por un tercero neutral”²⁰. De esta forma Gladys Álvarez define el perfil del mediador. Nosotros añadimos las siguientes cualidades que debe tener en consideración todo mediador, las cuales son las siguientes:

- Imparcial: Equitativo y equidistante de las partes, lo que no se debe confundir con pasividad. En este punto me remito a lo señalado en los principios de la mediación.
- Empático, ponerse en el lugar de las partes.
- Tolerante: capaz de entender y aceptar que hay otra posibilidad para resolver el conflicto que la del mediador.
- Directivo en la facilitación del proceso: el mediador debe ser capaz de conducir un proceso de dialogo, ser comunicador.
- Riguroso y flexible en la aplicación del procedimiento: para su rigurosidad debe conocer las etapas del procedimiento, debe ser flexible en notar las necesidades de las partes.
- Capaz de abstenerse de opinar y/o juzgar los contenidos de la negociación, esto es, la aplicación práctica del principio de neutralidad. El mediador debe abstenerse aun cuando esto tope con sus principios.
- Creador de climas emocionales colaborativos, o sea, ser acogedor y propiciar un clima de confianza.
- Escuchador y observador atento, esto es, ser perceptivo, capaz de sentir y percibir lo que ocurre en el proceso.

Para cumplir con estas consideraciones, el mediador no deberá olvidar su rol, que consiste básicamente en:

- Facilitar el paso de la discusión dialéctica al pensamiento creativo-alternativo.
- Aliviar la carga emocional.
- Estimular la salida de posiciones rígidas.
- Mostrar lo manifiesto del conflicto y mirar más allá.
- Invitar a cambio de roles: de adversarios a socios.

²⁰Álvarez Gladys, El Mediador: su intervención como tercero neutral dentro de una negociación colaborativa, Buenos Aires, Argentina, artículo publicado en Revista Libra, 2010, Pp.2-15.

- Mostrar el papel protagónico que tienen las partes en la solución del conflicto.

5.- Distribución de Asuntos.

El artículo 114 de la Ley 19.968, dispone un procedimiento de distribución equitativa de los casos entre los mediadores. Corresponderá a los Tribunales de Familia, proceder al nombramiento o designación de los mediadores, garantizando una distribución equitativa de los asuntos entre todos los mediadores inscritos en cada territorio jurisdiccional.

6.- Status de los mediadores.

Los mediadores actúan en forma independiente de los jueces de los Tribunales de Familia. Su actuación es anexa, pero integrada al Poder Judicial, ya que según dispone la Ley en su artículo 109 señala “el acta deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada”.

En caso que el tribunal apruebe el acuerdo, extendido en el acta de mediación, tendrá el valor de sentencia ejecutoriada. El Código de Procedimiento Civil, se refiere a las sentencias firmes y ejecutoriadas en el artículo 174. De acuerdo con este artículo y siguiendo a Carlos Stoehref, “pueden definirse las sentencias firmes o ejecutoriadas como aquellas que pueden cumplirse, sea por que no proceden recursos en contra de ellas, sea porque los expresados recursos proceden y han sido fallado, sea porque los recursos proceden, pero han pasado todos los plazos que el legislador concede para su interposición, sin que se haya hecho valer por las partes”²¹.

²¹Stoehref Maes Carlos Alberto, De las disposiciones comunes a todo Procedimiento y De los Incidentes, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1995, Pp.97-105.

Además, el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, señala títulos ejecutivos, siendo el primero de los mencionados: “1º Sentencia firme, bien sea definitiva o interlocutoria”. Por lo que el acuerdo extendido en un acta firmada por las partes y el mediador, aprobado por el juez y que consista en una obligación de dar, hacer o no hacer, es un título ejecutivo perfecto, es decir, no necesita una gestión preparatoria de la vía ejecutiva y que por lo tanto podrá reclamarse su cumplimiento a través de una acción ejecutiva, lo que es relevante si el acuerdo versa, por ejemplo, en alimentos que se deban a los hijos.

CAPITULO 3.- PROCESO DE MEDIACION FAMILIAR Y DERECHO COMPARADO

1.- Ventajas de la Mediación Familiar

La mediación como se señaló desde un principio, es un medio no confrontacional de resolución de conflictos, y es partir de esta importante cualidad, derivan a su vez importantes ventajas:

- Rapidez: La mediación tiene un tiempo límite legal de 60 días, aunque en la práctica los casos se resuelven en menor tiempo. El plazo puede prorrogarse hasta 60 días más, siempre que las partes estén de acuerdo. El proceso de mediación considera que los tiempos de cada persona son diferentes.
- Promueve la igualdad: Los mediadores deben velar porque no existan desigualdades entre los involucrados, que pueden afectar el proceso y hacer que se imponga la posición de uno sobre el otro. Esto permite que los acuerdos alcanzados no sean simplemente funcionales a los intereses de una de las partes y sirvan realmente a la resolución de conflictos, de manera que el acuerdo alcanzado perdure en el tiempo.
- Es confidencial: Los conflictos que se pretenden analizar y resolver en el área de mediación son, sin lugar a dudas, de índole privada, por lo cual los participantes deben

guardar reserva de lo dicho en las sesiones, y el mediador no puede ser citado como testigo de alguna de las partes en un juicio posterior.

- Llegar a un acuerdo es voluntario: optando por la mediación, no se elimina la posibilidad de llegar a resolver el tema en juicio. Mediación y tribunales no son opciones que se anulan. El proceso de mediación solo hace un esfuerzo por evitar que se llegue a tales instancias, de lo que se extrae que no es obligatorio llegar a un acuerdo. Dicho de otra forma, en el proceso de mediación, se llega a un acuerdo, solo si los afectados así lo deciden. En caso de no llegar a un arreglo, el mediador emite un “Acta o Certificado de Mediación Frustrada”, pudiendo las partes recurrir al tribunal.
- Los acuerdos, debidamente aprobados, tienen el valor de una sentencia judicial firme o ejecutoriada: En el proceso de mediación no se dicta una “sentencia”, sino que son los propios interesados, quienes deciden la solución del conflicto, llegando a un acuerdo que se contiene en lo que se denomina “Acta de mediación”, tiene el mismo valor jurídico de la sentencia de un juez si es aprobada por éste. Para esto el mediador presenta el “Acta de mediación” ante el tribunal que corresponda, para que el juez realice un “control de legalidad”, revisando que los puntos del acuerdo estén en concordancia con la ley vigente en Chile.

De esta manera las partes pueden recurrir posteriormente al tribunal a exigir su cumplimiento, ya que el acta se protege de la misma forma que una sentencia, si alguna de las partes no cumple lo acordado.

Si no se cumple un acuerdo sobre alimentos, el afectado podría solicitar al tribunal descuentos por planilla, embargos, arresto nocturno e incluso arresto diurno. En el caso de relación directa y regular, también se puede llegar a arrestar a quien no respete el acuerdo.

2.-Mediación Previa y Obligatoria

Como ya lo señalé anteriormente, la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia fue la incorporación de la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. En un principio la instauración de esta nueva justicia familiar se consagró

como una instancia voluntaria para prácticamente todas las materias de competencia de los tribunales de familia, con la convicción de que esta fórmula alternativa mejorara la calidad de la respuesta estatal fomentando el diálogo y protagonismo de las partes y ampliara el acceso a la justicia.

Se estimaba que este mecanismo podría contribuir a mejorar la eficiencia del trabajo de los tribunales, principalmente el descongestionamiento. Sin embargo, desde la puesta en marcha de la nueva normativa en el año 2005, la mediación tuvo una aplicación mucho menor de la esperada. En efecto, durante los primeros tres años de vigencia de esta ley las cifras de derivación a mediación no superaron el 10% del total de casos ingresados a la judicatura familiar, en circunstancias que las estimaciones preliminares proyectaban una derivación cercana al 25%.

Ante el colapso inminente de los tribunales de familia y el carácter voluntario de la mediación familiar y su escaso impacto (considerando también la falta de conocimiento de este mecanismo en la población), es que llevaron al Ejecutivo a plantear la reforma a la ley de tribunales de familia (Ley 20.286 de 2008, ya expuesta), la que entre otras modificaciones, incorporó la mediación familiar previa y obligatoria para tres materias específicas: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

Finalmente puedo señalar que la implementación de la obligatoriedad del procedimiento de mediación previo a la tramitación judicial, ha permitido un acercamiento de este tipo de resolución colaborativa de conflictos a las personas, las cuales fundamentalmente por desconocimiento y por lo engorroso del ingreso al sistema en un principio, no acudían a ella. De esta forma el legislador a través de sus reformas legales, busca consolidar el Sistema Nacional de Mediación como una forma prioritaria de resolución de conflictos, logrando que el sistema de justicia familiar sea más colaborativo para todos los habitantes de la República, que quieran resolver sus disputas a través de una vía no adversarial. El Estado sin lugar a dudas, con la reforma introducida con la Ley N°20.286 quiso potenciar la mediación como un mecanismo moderno, eficiente y no conformacional de resolución de conflictos, velando por una adecuada oferta de mediadores y calidad en la prestación de servicios.

3.- Proceso de Mediación Familiar

La mediación familiar, como ya lo he señalado, es un proceso a través del cual las partes involucradas en un conflicto intentan restaurar con la ayuda de un tercero (el mediador) la capacidad de comunicarse y llegar a acuerdos mínimos. Se plantea como una instancia pre judicial que contribuye a buscar soluciones que pongan en juego los intereses de la pareja y la posibilidad de llegar a acuerdos que satisfagan a ambas partes. El objetivo es conseguir un acuerdo, evitando las secuelas emocionales que un proceso contencioso tiene tanto en la pareja, como en el resto de la familia, principalmente en los hijos.

Todo comienza con un conflicto dentro del ámbito familiar, ya sea alimentos, relación directa y regular o cuidado personal, en que las partes se ven enfrentadas a distintas disyuntivas, las cuales por si solos no es posible llegar a alcanzar un determinado acuerdo que cumpla con el fin perseguido.

Ante las materias en que la mediación es previa y obligatoria, las partes deben someterse a este proceso con el fin de dar solución al conflicto, es necesario recalcar que lo obligatorio es someter el conflicto a mediación previa y no alcanzar el acuerdo, razón por la cual es posible que las partes no concurran a la mediación o persistan en sus posiciones, sin llegar a un acuerdo; en ambos casos la mediación se frustrará y se habrá cumplido el requisito legal, por lo que el conflicto se resolverá judicialmente de todas formas.

La parte interesada o ambas concurren a un centro de mediación familiar directamente en forma voluntaria, se dirigen a la una Corporación de Asistencia Judicial o bien ante los Tribunales de Familia con el fin que les designen un centro de mediación, con este paso comienza el proceso.

El proceso de mediación propiamente tal, se inicia con la citación a la primera sesión de mediación por parte del mediador. Éste fijará una sesión inicial de mediación. A ésta se citará, conjunta o separadamente, a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados. La primera sesión comenzará con la información a los participantes acerca de la naturaleza y objetivos de la mediación, los principios que la informan y el valor jurídico de los acuerdos a que puedan llegar.²²

4.- Duración del proceso de Mediación

El proceso de mediación, establece un plazo el cual señala que no podrá durar más de sesenta días, contados desde que se comunica al mediador su designación por parte del tribunal de familia, sin embargo, las partes podrán, solicitar la ampliación de este plazo hasta por sesenta días más, siempre que se realice de común acuerdo.

Durante el plazo señalado, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo determinen. Podrá citarse a los participantes por separado.²³

5.- Acuerdos del proceso de Mediación

Es aquél documento que contiene los acuerdos alcanzados durante el proceso de mediación. El acta deberá ser firmada por ambas partes y el mediador, para luego ser presentada por éste último al Tribunal de Familia respectivo, para su posterior aprobación. La ley establece que, una vez aprobada por el juez, el acta tendrá valor de sentencia ejecutoriada.²⁴ 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.

²² Artículo 108, Ley 19.968: Crea los Tribunales de Familia.

²³ Artículo 111, Ley 19.968: Crea los Tribunales de Familia.

²⁴ Idem

En lo posible, dicha acta será firmada por los participantes, se entregará copia de ella a aquél de ellos que la solicite y se remitirá al tribunal correspondiente, con lo cual terminará la suspensión del procedimiento judicial o en su caso, el demandante quedará habilitado para iniciarlo.

Es importante señalar que los acuerdos de mediación no tienen efectos jurídicos en sí mismos, sino que su exigibilidad por medios judiciales es otorgada una vez que se homologa el documento, esto en el caso de la mediación familiar, ocurre cuando son aprobados por el tribunal de familia correspondiente. Esto quiere decir que su cumplimiento, podrá ser exigido judicialmente por cualquiera de las partes que concurrieron a su formulación.²⁵

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

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

- a) Si alguno de los participantes, citado por dos veces, no concurriere a la sesión inicial, ni justificare causa;
- b) Si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación; y
- c) En general, en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no se alcanzará acuerdos (en base a alguno(s) de los principios de la mediación). Además de lo señalado, la ley contempla una regla especial para los casos de derecho de alimentos (art. 109 ley n°19.968). Ésta consiste en que si el requerido, citado por una sola vez, no acude a la primera sesión de mediación y no justifica su ausencia, el requirente quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial. Si se presentara alguna de las 4 hipótesis señaladas, el mediador procederá a emitir un acta de mediación frustrada, documento que habilita al demandante para iniciar un juicio.

²⁵Idem

7.- Costos del sistema de Mediación.

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

1.- Materias de mediación previa y obligatoria: Los servicios de mediación serán gratuitos para las partes. Excepcionalmente, podrá cobrarse por el servicio, total o parcialmente, cuando se preste a usuarios que dispongan de recursos para financiarlo privadamente.

2.- Materias en que no se requiere previa obligación para mediación: Los servicios de mediación serán de costo de las partes y tendrán como valores máximos los que contemple el arancel que anualmente se determinará mediante decreto del Ministerio de Justicia. Con todo, quienes cuenten con privilegio de pobreza o sean patrocinados por las corporaciones de asistencia judicial o alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica gratuita, tendrán derecho a recibir el servicio gratuitamente.

8.- La Mediación en el Derecho Comparado

Ante a búsqueda de dar solución a los conflictos de relevancia jurídica, es que los Estados en general, han realizado reformas judiciales a sus ordenamientos jurídicos, que permiten cimentar una evolución que involucre cada vez más a las personas y sus conflictos, que tengan iniciativa propia y mecanismos que los ayuden a buscar una alternativa prejudicial para la solución de éstos.

A continuación, realizaré un breve análisis de la regulación de este método de resolución de conflictos en otros Estados que han implementado la mediación en sus ordenamientos jurídicos.

8.1 La Mediación en Argentina

La ley N°24.573²⁶ del año 1995 estableció la mediación previa a todo juicio con carácter obligatoria dentro del juicio familiar y actualmente rige la ley N°26.589²⁷. En el artículo 2° de dicha ley 24.573, se señalan los supuestos que no quedan comprendidos bajo la obligatoriedad, encontrándose entre ellos, los juicios que versen sobre materia penal; las causas civiles relativas a separación judicial, nulidad de matrimonio, divorcio, filiación y patria potestad, con excepción de los efectos patrimoniales derivados de éstos; amparo, habeas corpus; juicios sucesorios; quiebras entre otras.

La obligatoriedad establecida en la legislación argentina ha originado un gran debate, y se la ha justificado acotando su duración a cinco años y con la pretensión de poder lograr así un cambio cultural ante la instalada "cultura del litigio". Señala Antonio de Tomasso que, "Entre las consideraciones generales más importantes, puede decirse que instituye con carácter obligatorio la mediación en forma previa a la administración de justicia. Con las excepciones que la propia ley establece, buscándose con esta medida, disminuir el número de procesos"²⁸.

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

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

²⁷ Ley N° 26.589, de Mediación y Conciliación, publicada con fecha 3 de mayo de 2010.

²⁸ De Tomasso, Antonio, "Mediación y trabajo social", Edit. Espacio, 1996, Pp. 46.-49

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

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

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

8.2 La Mediación en Estados Unidos: Estado de California²⁹

Los autores reconocen dos razones importantes para explicar el notable crecimiento de la mediación familiar en Estados Unidos, en las décadas del sesenta y setenta. En primer lugar, el notable incremento del número de divorcios y la percepción social que se empezaba a tener de la ruptura conyugal como acontecimiento no solo jurídico, sino también personal y perturbador de todo el sistema familiar. Y, en segundo lugar, el

²⁹Connelly Thomas Loeiseau, Mediación Familiar a partir de los tribunales en Estados Unidos y Cabada, Congreso Nacional, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Santiago, Chile, Febrero 1998, N° 181. Pp. 56-108.

deseo de los norteamericanos de no dejar el control de temas tan personales como son los que derivan de una separación en manos del sistema jurídico judicial.

En California, primer Estado que registró un índice de divorcios superior al 50% de los matrimonios celebrados, la mediación familiar puede ser interpuesta como paso previo a los procedimientos judiciales en separación y divorcios. Es lo que se conoce como “mediación imperativa”, alternativa a la voluntaria. Cabe señalar que generalmente solo se pretende resolver temas relacionados con relación directa y regular y cuidado personal de los hijos, dejando los temas económicos en manos de procedimientos de arbitraje. Esta modalidad de mediación es conocida como “mediación parcial”, frente a la mediación global que entiende de todos los temas relacionados con el divorcio.

Ahora bien, al tratarse de disolución del vínculo matrimonial, el Código de la Familia, crea un mecanismo de aplicación general conocido como la “gestión de los casos” (case management), cuyo propósito es el de hacer expedito el proceso de divorcio o de la separación legal de los cónyuges, reducir los costos del mismo y propiciar el cierre rápido del caso mediante el acuerdo de las partes. A petición de éstas, el Tribunal ordenará la implementación de un este mecanismo que consiste en:

- a.- Evaluación imparcial del caso.
- b.- Suspensión del proceso judicial mientras se intenta lograr un acuerdo amistoso.
- c.- Usos de conferencias telefónicas y otros medios judiciales para propiciar la cooperación de las partes en función de la resolución del caso.
- d.- Nombramiento de los expertos citados para dar su testimonio, por común acuerdo, cuando sea posible.
- e.- Modificación de los trámites procesales de común acuerdo.
- f.- Tratamiento judicial por separado de las cuestiones relevantes.

El juez competente ordenará la implementación de estos mecanismos, como también su modificación en cada caso (artículos 2450-2452, California Family Code CFC)

Por otra parte, los artículos 1800-1852 del CFC, establecen mecanismos específicos, cuyo propósito es la protección de los derechos de los niños y la promoción del bienestar público, mediante la preservación y protección de la vida familiar y la institución del matrimonio como también la creación de medios para la reconciliación de los cónyuges y la resolución no contenciosa de las controversias domésticas y familiares.

Se tiene dicho mecanismo, solamente en los condados en los cuales un Tribunal Superior determine, cada año, que las condiciones sociales locales y el número de casos atendidos amerite su implementación, lo cual implica que se nombra a un juez supervisor para presidir el llamado “tribunal de conciliación familiar” (Family Conciliation Court), que cuenta además con una planta de profesionales con formación en mediación provenientes de diversos campos de intervención psicosocial (psicólogos y trabajadores sociales). El juez no participa en la mediación, sino que dirige el programa y firma los trámites judiciales, incluyendo la homologación de los acuerdos a los que llegasen las partes.

Se contempla la posibilidad de nombrar un consejero supervisor de la mediación, que podrá reunirse con las partes y formular recomendaciones al juez en base a los resultados de esas reuniones, preparar informes, presidir las audiencias y realizar actividades propias de la mediación en caso de conflictos relativos a tutela de niños y derechos de visita. Las conferencias con el mediador y las audiencias ante el tribunal son reservadas, permitiéndose recibir a las partes por separado.

Se contempla que las actas serán confidenciales y serán destruidas después de dos años. Respecto a la competencia del tribunal de conciliación familiar se extiende a las controversias entre cónyuges cuando:

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

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

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

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

La regulación realizada en este Estado, permite que en los condados en los cuales no exista un Tribunal de Conciliación Familiar, se establezca un mediador familiar que asesore a los Tribunales Superiores y cuya función será reducir las diferencias que existan entre las partes, promover un acuerdo que permita a los niños un contacto continuo con sus padres y lograr un acuerdo sobre el derecho de padres e hijos de mantener una relación directa y regular, siempre teniendo en especial consideración el interés superior del menor. También se permite la derivación a mediación por el tribunal, cuando las partes no estuvieren de acuerdo sobre el cuidado personal y el derecho de padres e hijos de mantener una relación directa y regular; este procedimiento será voluntario, pero si no participa perderá su derecho a reclamar de los acuerdos obtenidos y no podrá iniciar un proceso judicial posterior sobre este particular. Este proceso también será privado y confidencial.

Se establece que uno de los principios básicos de este proceso será la protección de los intereses y necesidades del niño. El mediador deberá informar al tribunal sobre los acuerdos alcanzados, el cual deberá ser ratificado ante el juez o mediante declaración escrita y formal. Si no hubiese acuerdo el mediador presentará al Tribunal una

recomendación respecto a la custodia y visitas del niño y también podrá recomendar otros servicios de consejería alternativos tendientes a evitar el litigio. Esta consejería podrá ser impuesta por el tribunal y su objetivo es facilitar la comunicación entre las partes, reducir el conflicto y mejorar las habilidades paternales.

8.3 -Unión Europea, Recomendación N° R (98), del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar. Aprobada por el Consejo de Ministros fecha 21 de Enero de 1998³⁰.

Esta Recomendación, contiene una extensa exposición de motivos, en cuya primera parte define la mediación como “un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre cuestiones objeto del conflicto, en vista a la obtención de acuerdos comunes”.

Considera como características específicas de los conflictos familiares los siguientes:

- Implican a personas que tiene relaciones independientes que continuaran en el tiempo;
- Surgen en un contexto emocional difícil que los agrava;
- La separación y el divorcio, tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, especialmente sobre los niños.

Ante esta situación, establece que la mediación familiar tiende a mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; reducir los conflictos entre las artes en litigio; dar lugar a acuerdos amistosos; asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos; reducir los costos económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados en los Estados; reducir el tiempo necesario para la solución de conflictos.

Respecto del ámbito de aplicación, se señala que se aplica a los conflictos que se producen al interior de la familia, entendiendo por ésta aquella que se encuentra unida

³⁰Canales Nesttle Patricia, Loiseau Virginia, Connelly Thomas, La Mediación Familiar, Conceptos Generales y Legislación Extranjera, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Santiago, Chile, 2003, Pp. 27-54.

por vínculos consanguíneos o de matrimonio y, en segundo lugar, se aplicará también a aquellas personas que tienen o han tenido relaciones familiares semejantes a las determinadas por la legislación nacional.

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

1.- Se establece por la recomendación que la institución de la mediación no debe ser obligatoria, y los Estados miembros la pueden establecer, ya sea por el sector público o bien por el sector privado. Los Estados deberán establecer mecanismos de control tanto de la selección, formación y calidades de los mediadores. Por tanto, la voluntariedad es uno de los principios fundamentales de esta institución y su eficacia queda entregada a la voluntad de las partes que decidirán sobre la conveniencia de acudir a un proceso de mediación y de contraer o no un acuerdo que resuelva el conflicto.

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

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

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

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

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

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

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

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

10.- Puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tiene de consultar a un abogado o a otro profesional competente.

En la recomendación se llama a los Estados a facilitar la mediación y que los acuerdos logrados en ella sean ratificados por la autoridad competente y establecer los mecanismos adecuados para la ejecución de dichos acuerdos. Se señala que la mediación es autónoma y puede tener lugar antes de iniciarse un proceso judicial, durante la tramitación de éste, e incluso después de que hubiere recaído una sentencia firme en ese juicio de separación o divorcio. Se reconoce de esa forma la independencia de esta institución respecto de un proceso judicial y que esta institución puede ser más efectiva antes de la intervención judicial, e incluso se reconoce a las partes la posibilidad de revisar lo establecido por el juez y que las partes puedan modificar ese fallo, cuando consideren que no ha sido adecuado para la resolución del conflicto y que en el futuro puede generar nuevos conflictos al no considerar todos los factores envueltos especialmente aquellos de orden emocional y psicológico.

9- Conclusiones respecto de La Mediación en el Derecho Comparado

De lo expuesto respecto a la mediación en otros Estados, puedo concluir que esta institución en el último tiempo ha adquirido cada vez mayor relevancia y se ha posicionado como un verdadero mecanismo de resolución de conflictos, especialmente en el ámbito familiar.

Similitudes que encontramos en el Derecho Comparado, corresponden principalmente al fin que persigue la institución, el cual es disminuir el conflicto existente entre las partes, incentivando a que estas mismas accedan a la instancia prejudicial para la resolución del conflicto con la interacción de un tercero imparcial, que no impone una solución, sino que su labor es acercar a las partes y crear e incentivar el diálogo y entendimiento de intereses disputados.

Se puede apreciar, además, en las diferentes regulaciones de la mediación, una concordancia existente en los principios que la inspiran, como son la imparcialidad del mediador, la protección de los menores, la voluntariedad del acuerdo que resuelva el conflicto, la reserva que deben mantener tanto el mediador como las partes sobre todos los hechos discutidos durante las sesiones de la mediación.

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

El principio de voluntariedad en la legislación familiar en Chile, es el problema principal que se abordara en el siguiente capítulo y como vimos la única diferencia notoria si analizamos los Estados comparados, es en cuanto a la obligatoriedad de este proceso respecto a determinadas materias, abordar este carácter como privativo al acceso a la justicia o bien como coadyuvante ante el plan de descongestión de los tribunales de familia, analizar los diferentes puntos de vista respecto de las partes o del mediador proporcionando una opinión crítica respecto de este importante punto.

CAPITULO 4.- PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA MEDIACION FAMILIAR.

1- Problema de obligatoriedad, en contraposición a la autonomía de la voluntad del proceso de mediación.

Como ya lo he señalado con anterioridad, es innegable el efecto de descongestión judicial que ha producido la mediación obligatoria, esto se debe al importante volumen de potenciales causas que no ingresan al sistema por que logran resolverse mediante un acuerdo de mediación, objetivo perseguido y logrado por la reforma instaurada en el año 2008 a través de la ley 20.286. Pero además de la descongestión, el avance en términos de difusión del sistema y de las posibilidades de mayor incorporación de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en la cultura del país, la “obligatoriedad”, recae como una herramienta útil que incentiva el uso de esta institución.

Creo que la mediación no solamente se debe utilizar como el medio de resolver problemas de congestión judicial y sobrecarga a su vez para los tribunales del país, sino que dichos problemas que impulsaron la obligatoriedad del sistema de mediación deberían solucionarse con una mejor “gestión judicial de los tribunales de justicia”, esto debido a que la introducción de mecanismos alternativos para la solución de conflictos de familia, lo que hacen es desviar la atención del problema inicial, esto es ampliar la oferta de tutela jurisdiccional.

Volviendo con la voluntariedad, esta tiene dos dimensiones. La primera comprende la etapa inicial del proceso, esto es cuando la persona toma la decisión de acogerse a el y la segunda comprende la facultad de retirarse de éste en cualquier momento, sin necesidad de justificar los motivos. Basta la expresión de la voluntad de una de las partes en orden a no continuar para que el mediador deba poner término al proceso.

La voluntariedad es un elemento de la esencia y atribuye el éxito de este proceso, expresado en el mayor éxito de estos acuerdos en comparación con una sentencia judicial, precisamente porque las partes que edificaron el acuerdo concurrieron libremente a la mediación.³¹

Si bien, uno de los principios fundantes de la mediación es la participación voluntaria de los involucrados en el conflicto, la expresión “mediación obligatoria”, para este estudio lleva implícita una contradicción ¿Cómo puede obligarse a una persona a participar en un proceso de mediación siendo unos de sus pilares básicos la voluntariedad?

La llamada mediación previa, por nuestra legislación, no constituye una excepción al principio de voluntariedad. La obligatoriedad que impone la ley corresponde a que el caso llegue a manos del mediador y este cite a las partes las veces que impone la ley. No existe obligación ni siquiera de asistir ante un mediador, ya que basta con que una o ambas partes no asistan a la primera o segunda citación, según el caso, para que se dé la mediación y pueda iniciarse el proceso judicial.

³¹Suares Marinés, *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002, Pp. 31-416.

Por tanto, la mediación familiar en una instancia previa y obligatoria en las materias de mayor concurrencia en la justicia de familia, a saber, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. Resulta necesario advertir, que el carácter obligatorio se le otorgó al trámite propiamente tal y no a la mediación misma, puesto que en ningún caso hoy los usuarios se encuentran obligados a asistir y menos a llegar acuerdo, en otras palabras, se mantienen las 3 dimensiones del principio de voluntariedad contempladas en el artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia, esto es, la voluntariedad de asistencia, la de participación y la de adopción de acuerdos.

2.- Problema de costos del Proceso de Mediación Licitada en contraposición a la Mediación Privada.

El Ministerio de Justicia y a través de las Intendencias Regionales, deben velar por la existencia de una oferta adecuada de mediación en todo el país, los servicios de mediación previa pueden ser proveídos por profesionales asociados al sistema licitado que administra el Ministerio de Justicia, los que pueden ofrecer sus servicios en forma individual o agrupados en centros de mediación o bien por particulares que prestan servicios en forma particular, lo cuales se denominan mediadores privados.

El sistema licitado, encuentra su origen en el artículo 114 de la Ley de Tribunales de Familia, la cual establece la obligación del Ministerio de Justicia de contratar a personas naturales o jurídicas mediante el procedimiento de Ley de Bases sobre Contratos Administrativos, debiendo velar asimismo por una adecuada oferta.

Los mediadores licitados son profesionales externos al Poder Judicial, los cuales son previamente seleccionados vía licitación pública. La Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia es la entidad encargada de fijar las bases de licitación, seleccionar a los profesionales que participan en los procesos licitatorios, supervisar y

fiscalizar sus servicios y realizar las gestiones tendientes al pago de los honorarios de estos profesionales, entre otras funciones³².

Por su parte, los mediadores privados ejercen libremente la profesión y no están sometidos a la supervisión del Ministerio de Justicia. Se define a los centros de mediación privados como “aquellos que prestan los servicios de mediación familiar contra pago de honorarios” y pueden requerir sus servicios tanto personas que no tengan acceso a mediación familiar gratuita como aquellas que, teniendo derecho a la gratuidad, prefieren acceder a un centro de mediación privado.³³

Así, podemos deducir, que existen dos tipos de prácticas de mediación familiar, la privada y la licitada, las cuales funcionan paralelamente y cuya principal diferencia radica en el sistema de pagos asociados a cada una de ellas.

En el caso de la mediación licitada, el servicio es gratuito para los usuarios que poseen un ingreso familiar inferior \$ 884.961.- (ochocientos ochenta y cuatro mil novecientos sesenta y un pesos), per cápita.

Otro modo de acceder a la gratuidad del sistema de mediación licitado, es acreditando alguna de las siguientes causales de vulnerabilidad socioeconómica³⁴:

- 1.- Ser Beneficiario/a de FONASA grupos A-B-C o contar con tarjeta de gratuidad. Este criterio se acredita con el carnet o tarjeta respectiva.
- 2.- Encontrarse cesante, durante los 6 meses anteriores a la fecha de la solicitud. Este criterio se acredita con el finiquito o cobro del subsidio de cesantía.
- 3.- Ser beneficiario/a de subsidios estatales, tales como el subsidio de la discapacidad mental, de agua potable o el pilar solidario (perteneciente a la Reforma

³² A la fecha se han realizado procesos de licitación pública, [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017], se publican las bases para nueva licitación, cuya duración de contratación de servicios para los mediadores licitados, tendrá una duración hasta Diciembre de 2018, Disponible en :

<http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/procesos-de-licitacion>,

³³ Centros de Mediación Familiar, Disponible en

<http://www.mediacionchile.cl/minjuspubl/sitio/documentos/pdf/>

Centros_de_Mediación_Privados_pagina_p4.pdf. [Fecha de Consulta 29 de Enero 2017].

³⁴ Costos de Mediación Familiar, Disponible en : <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/costos-de-la-mediacion/>, [Fecha Consulta: 29 de Enero de 2017].

Previsional). Este criterio se acredita mediante comprobante de pago de dicho subsidio emitido por la institución correspondiente.

4.- Ser beneficiario de programas sociales del Estado tales como los Programas Habitacionales del Ministerio de Vivienda; Programa PUENTE; Chile Barrio o Chile Solidario. Este criterio se acredita mediante el certificado emitido por la institución correspondiente y/o credencial.

5.- Haber obtenido un puntaje inferior a los 14.598 puntos, conforme a la Ficha de Protección Social de MIDEPLAN. Este criterio se acredita mediante el certificado emitido por la institución correspondiente que indique el puntaje asignado.

6.- Contar con privilegio de pobreza o estar patrocinado/a por las Corporaciones de Asistencia Judicial o alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica gratuita.

7.- Ser adulto/a mayor. Para estos efectos se considera adulto/a mayor a la mujer cuya edad sea igual o superior a 60 años y al hombre cuya edad sea igual o superior a 65 años. Este criterio se acredita con la cédula de identidad del usuario/a.

8.- Ser jefe de familia monoparental. Este criterio se acredita con la construcción del genograma respectivo elaborado por el o la mediador/a, o con documentos que den cuenta de la existencia de anteriores demandas de alimentos o de régimen comunicacional entre los progenitores.

9.- Ser beneficiario del Plan Auge o que algún miembro de su grupo familiar padezca de alguna enfermedad catastrófica o crónica. Este criterio se acredita mediante la certificación médica de la existencia de la enfermedad crónica, según la definición de las enfermedades que se inscriben en esa categoría.

10.- Pertenecer a una etnia indígena. Este criterio se acredita conforme a la Ley N° 19.253, que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

11.- Presentar algún tipo de discapacidad. Este criterio se acredita mediante certificado otorgado por FONADIS (Fondo Nacional de la Discapacidad)

12.- Haber sido víctima de violencia intrafamiliar. Este criterio se acredita mediante cualquier documentación en donde conste haber realizado la denuncia y/o haber interpuesto demanda ante tribunal competente.

13.- Presentar un 25% de endeudamiento, en relación a sus remuneraciones líquidas. Este criterio se acredita mediante la presentación de documentación en donde consten los ingresos y deudas del usuario.

14.- Pertenecer a un hogar constituido por 5 miembros o más. Este criterio se acredita mediante los certificados de residencia o de nacimiento respectivos.

No es necesario que ambas partes cumplan con los requisitos, basta con que una de las partes cumpla con alguno de los criterios de gratuidad para que el proceso no tenga costo asociado.

Los usuarios que no califiquen para mediación gratuita deben acudir a profesionales que prestan servicios en forma particular, siempre y cuando se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Mediadores.

Sus servicios son costeados por las partes de común acuerdo con el mediador, sin embargo, los honorarios profesionales no pueden exceder en ningún caso el arancel fijado por el Ministerio de Justicia para estos efectos, cuyo monto asciende a la suma de \$ 84.600.- (ochenta y cuatro mil seiscientos pesos)³⁵, por cada sesión realizada durante el proceso de mediación.

Aunque no existen estudios que lo comprueben, los mediadores licitados conducen gran parte de los procesos de mediación familiar previa, lo que se explica porque el umbral de gratuidad fijado por la legislación vigente es relativamente alto.

³⁵Costos de Mediación Familiar, Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/costos-de-la-mediacion/>, [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017].

La remuneración de los mediadores licitados fue regulada en las bases del proceso de licitación correspondiente. Por Resolución N° 188 de agosto de 2011, el Ministerio de Justicia introdujo modificaciones a éstas contemplándose los siguientes pagos:

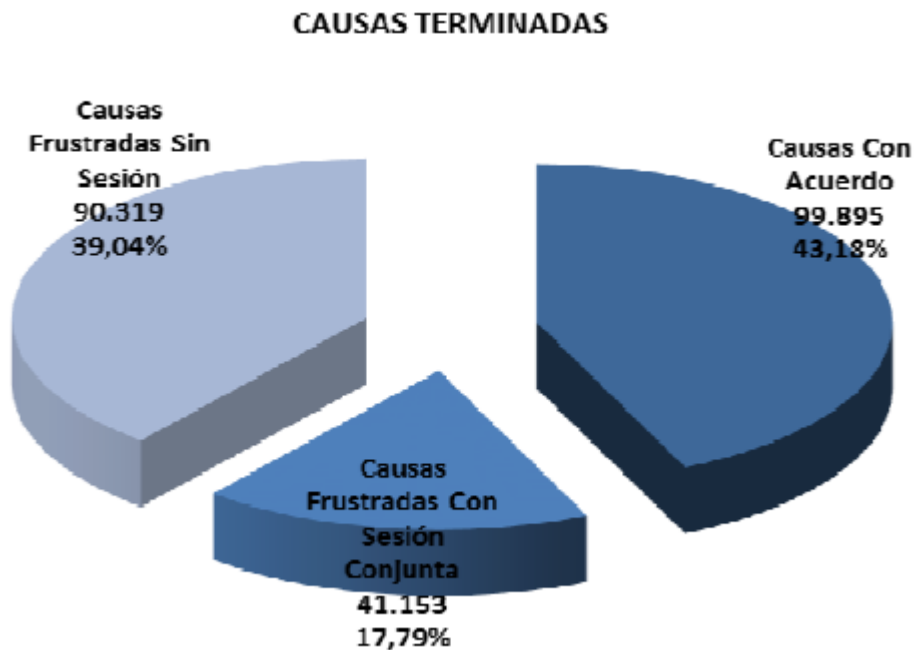
- a) Pago base por causa ingresada al centro de mediación,
- b) Pago por causa terminada con acuerdo: aquella en que el acta de mediación ha sido aprobada íntegramente por el juez, lo que debe estar debidamente acreditado, bastando que el acuerdo se haya alcanzado en una de las materias derivadas o ingresadas a mediación.
- c) Pago por causa en trámite: aquella en que se ha realizado al menos una sesión con asistencia de ambas partes.
- d) Pago extraordinario por materia adicional mediada con acuerdo: aquella que procede en casos por derivación en los que se llega a acuerdo en todas las materias derivadas, pero las partes además llegan a un acuerdo en una materia adicional.

El problema no se producía por la forma de pago en el sistema licitado de mediación familiar, a mi juicio, al trabajar con conflictos interpersonales, donde cada caso sometido a mediación, tenga como inicio del conflicto distintas raíces o problemas que lo originan, se produce un conflicto de interés, que impedía al mediador trabajar de manera integral en cada caso, es decir solo se busca llegar a un acuerdo, considerando que se “premiaba” a través del pago alcanzar el acuerdo entre las partes, limitando la solución de un conflicto en forma más eficaz y una intervención de mediación adecuada, reduciendo a la vez la calidad de los procesos,

En el año 2014, se vivió un segundo hito en el sistema, en relación con la forma de contratación y pago de los servicios de mediación, transitando desde una modalidad de contratación y pago por causa con énfasis en el resultado a un sistema de contratación por jornada mediador, con un monto máximo de pago mensual por servicio; además de la incorporación de mejoras en los criterios de evaluación técnica de los mediadores. El proceso de licitación pública, realizado durante el año pasado y que renovó la totalidad de los prestadores a nivel país, se cerró con la celebración de 151 contratos de

prestación de servicios de mediación familiar, disponibles de Arica y hasta Cabo de Hornos, incluyendo Isla de Pascua, en 140 territorios jurisdiccionales de los Juzgados de Familia y de Letras con competencia en asuntos de familia.

El cambio se ve reflejado en las estadísticas realizadas por el Ministerio de Justicia, donde se ve claramente que en el sistema licitado de mediación, la cantidad de causas que llegan a acuerdo son del 43,18% en comparación de las causas ingresadas y en cuyas sesiones no se llega a un acuerdo corresponde al 17,79%.³⁶



En la mediación privada, donde los mediadores -según lo establece el decreto que fija el arancel máximo- cobran por sesión de mediación, la duración de las sesiones aunque también corresponde a una hora por sesión, estas tienen un promedio de 3 sesiones los casos menos complejos, y de 5 a 6 sesiones los más complejos, lo que nos indica que los mediadores privados se dan y otorgan el tiempo necesario para la solución del conflicto, estudiando de forma más completa el problema y no basado tan solo en una

³⁶ Informe Estadístico, Disponible en :<http://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/Informe-Estad-stico-01.06.2009-al-31.12.2015.pdf>, [Fecha Consulta: 29 de Enero de 2017.

tipología de materias derivadas a mediación. Por tanto, considero que el cambio del sistema de pago a los mediadores licitados, determinó que estos se involucraran en el conflicto sin perseguir necesariamente el acuerdo, sino que su solución en forma arbitraria.

3.- Mediación, Conocimiento y Acceso a la Justicia

Las relaciones personales, sea cual sea su fuente de origen, pueden generar estados de crisis, angustia, dolor, estrés y/o rabia, lo que conlleva a vivir en una latente situación de conflicto. Ahora bien, reconocer que la crisis en muchas oportunidades si es observada desde su efecto, puede traducirse en una gran oportunidad de cambio en la vida de las personas, sin duda, permite alentar a aquellos que inexorablemente deberán cruzarse con ella y para que esta sea concebida como una “oportunidad”, probablemente deberá reconocerse el conflicto y aceptar las variables que este presenta. Luego, no menos trascendente resulta entender que debemos avanzar aún más hasta vislumbrar la salida que conducirá hacia a la anhelada percepción de liberación de aquello que nos aporrea. Este proceso de evolución que debe vivenciar cada ser humano al enfrentarse a algún conflicto, no siempre supone que lo haga de manera individual o mejor dicho procurando en su interior la forma más adecuada para salir de él, puesto que no siempre se cuenta con las herramientas idóneas para mirar, levantarse y salir, más bien, podría decirse que generalmente se requiere de la intervención de otros que pudiesen orientarnos, dar visiones o puntos de vista que muchas veces difieren de aquello que pudiésemos estar observando, permitiendo en consecuencia, modificar el plan de acción.

Es entonces, cuando cobra relevancia el rol de quien nos ofrece la posibilidad de resolver nuestros conflictos de la manera más justa e inclusiva, permitiendo que cada persona sea protagonista y responsable de su situación y para ello, pensar en la actuación de un mediador que permita a las partes resolver su conflicto, lo que genera el cambio en la vida de los involucrados permitiendo que la solución del conflicto evite

de alguna forma un proceso a veces doloroso que complica el día a día de las partes que se someten a esta alternativa.

Así la mediación no sólo permite resolver el conflicto en sí mismo, sino que promueve el transformar al individuo en todas las dimensiones de su crecimiento moral, concibiendo que en nuestra existencia debemos saber desarrollarnos y realizarnos en el máximo de nuestras capacidades.

Desde esa perspectiva, la mediación puede llegar a ofrecer este proceso de cambio, que, si lo observamos desde un prisma más ambicioso, también podría impactar a una sociedad que en la actualidad en muchos ámbitos se están solicitando reformas, y en otros, porque no decirlo derechamente, se solicita una metamorfosis más profunda³⁷.

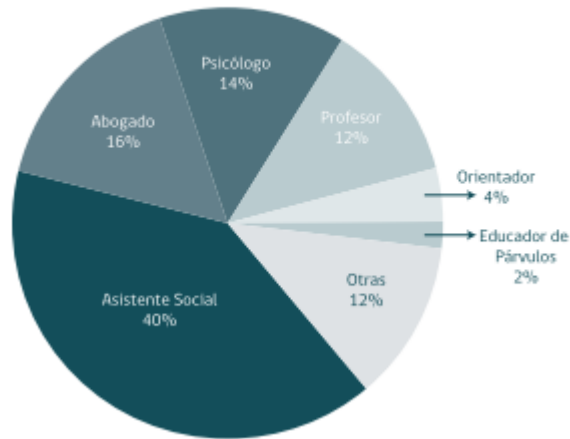
Cabe destacar que en mediación es que las partes involucradas en un conflicto puedan mirarse, generando un diálogo que muchas veces en sus vidas cotidianas por diversos impedimentos de orden económico, geográfico o muchas veces imputable a ellos mismos dificulta un espacio propicio de conversación íntima, puede permitir la ansiada revalorización a través del reconocimiento de una acción, una emoción o un derecho que por tiempo les ha sido desconocido. Aquí, tiene gran importancia la figura del mediador, quien se encuentra ante una situación en que en la mayoría de los casos las partes involucradas tienen un desconocimiento total de los procesos como también de las leyes o derechos que les corresponden para solucionar el conflicto.

Me pregunto, ¿los mediadores familiares, están plenamente facultados para además de mediar guiar a las partes jurídicamente para la solución del conflicto? Cabe hacer presente y según la Revista de Mediadores de Chile, el perfil profesional de los Mediadores Registrados, en su mayoría el 40% corresponde a Asistentes Sociales, 14% Psicólogos y solo un 12% a Abogados³⁸.

³⁷ Baruch Bush, Robert y Folger, Joseph, La Promesa de la Mediación, 1° Editorial Gránica, Buenos Aires, Pp. 131-2016.

³⁸ Perfil Profesional de los Mediadores, Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>.

PERFIL PROFESIONAL MEDIADORES REGISTRADOS



Es importante, destacar estas cifras, para entender el perfil profesional del Mediador y la actitud que podría tener ante el conflicto, independiente de la profesión que este posea, se deben entregar las herramientas necesarias a las partes con el fin de que entiendan de manera clara el proceso al que se encuentran vinculados, especialmente en el caso que no se llegue a un acuerdo, lo principal es que las personas sientan que se encuentran amparadas en la ley y que tienen herramientas a su disposición para seguir un juicio en caso que lo estimen necesario.

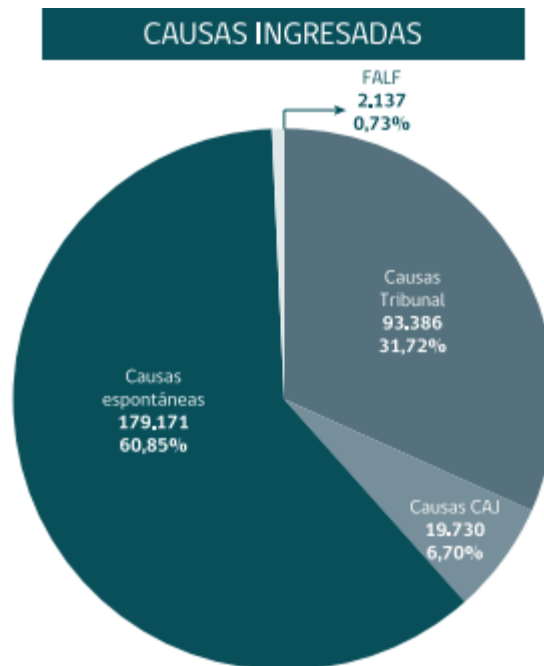
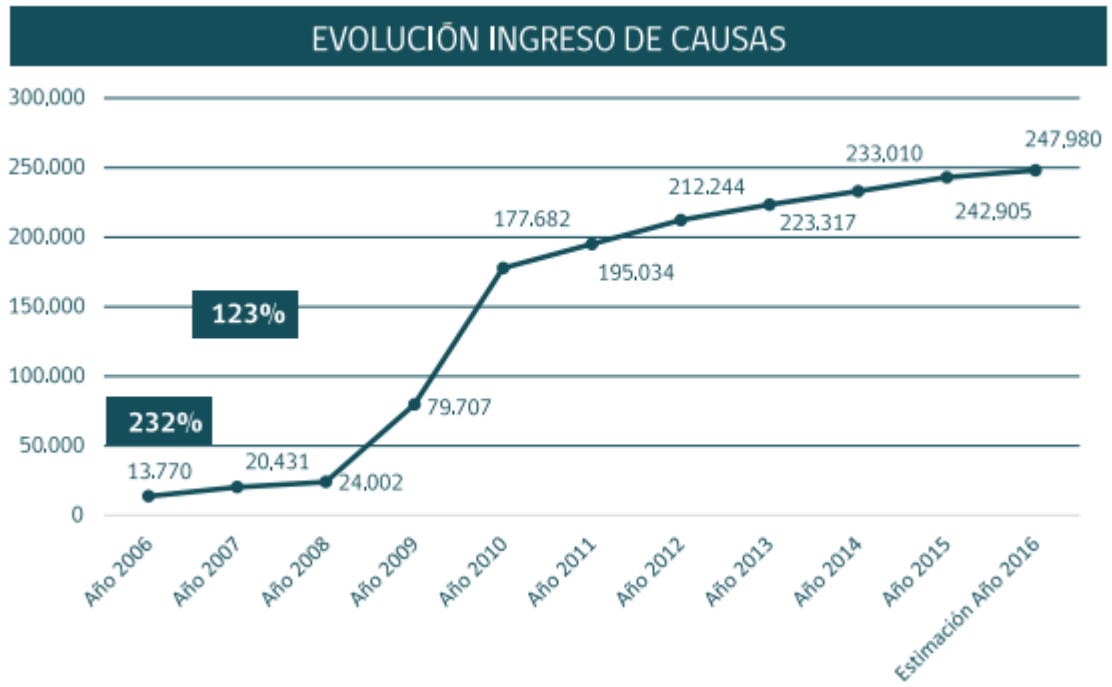
Si bien, el escenario desde un inicio del proceso los ubica en una posición de guerra, la mediación tiende a producir una sensación de equidad entre las partes, en la cual ellas se sienten contenidas con miras a un fin, correspondiente a la solución de fondo del conflicto, puesto que cabe advertir, aunque la mediación resulte frustrada, no necesariamente quiere decir que culminó sin éxito, toda vez que permite a las personas vivenciar el proceso y extraer conocimientos y permitir el acceso a la justicia, es decir, la entrega del sentido de justicia que el Estado les proporciona, no solo a través de una sentencia judicial, sino que incorporando diferentes mecanismos y conocimientos que contribuyen a la solución del conflicto.

En definitiva, en mediación precisamente se pretende la búsqueda de satisfacción de los intereses de todas las partes, procurando no sólo el bien individual, sino también el

ajeno, la cual, a través del diálogo, son las propias personas quienes resuelven sus diferencias, posibilitando con ello también el crecimiento de una sociedad más democrática e inclusiva, que no haga oídos sordos a los cambios sociales que se requieren.

4.- Análisis estadístico respecto a las causas sometidas a un proceso de Mediación Familiar y nuevas mejoras al Sistema.

Las investigaciones realizadas en nuestro país sobre la mediación cuando el sistema ya cumple una década desde su implementación han estado circunscritas principalmente a tres áreas, casi todas patrocinadas, cuando no ejecutadas, por el propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y comprensiblemente centradas en el interés de esta institución por evaluar la correcta implementación del sistema. La primera línea ha sido relativa a “satisfacción usuaria”, es decir que tan satisfechos se encuentran los usuarios con la atención en mediación. Una segunda línea tiene que ver con la generación de información relativa a los datos duros de los resultados de los procesos de mediación, lo que ha permitido conocer datos como la cantidad de mediaciones atendidas a nivel nacional, las materias más comunes que se tratan, el porcentaje de causas sin acuerdo, etc.

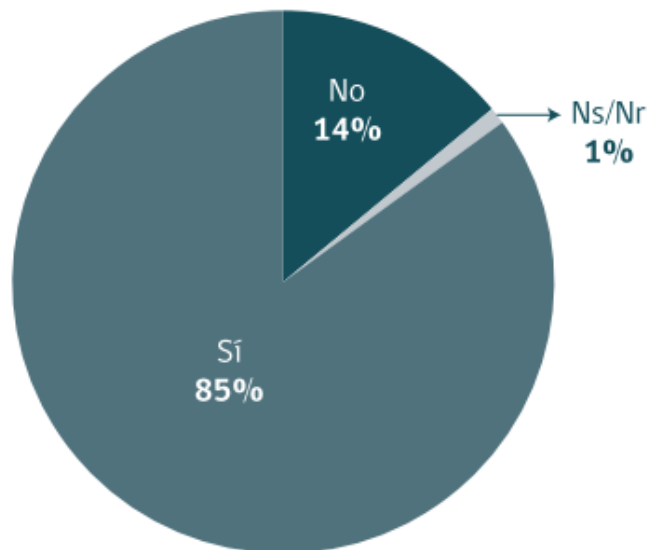


Según la supervisión de la calidad de la mediación y la encuesta anual de satisfacción de usuarios. Es justamente en esta última, donde el servicio ha mantenido excelentes

evaluaciones consecutivamente desde el año 2009; en particular en la última encuesta realizada por Cadem S.A., el 63% de los encuestados califica con nota 6 y 7, a la satisfacción global con el proceso, con una nota promedio de 5,7 entre todos los usuarios. Además, el 85% de los encuestados aseguró que volvería a mediación para resolver otro conflicto de familia.³⁹

ACUDIRÍA NUEVAMENTE A UN CENTRO DE MEDIACIÓN

¿Usted acudiría a un centro de mediación nuevamente para intentar resolver algún otro conflicto de familia?



En cuanto a los reclamos presentados por la ciudadanía por la disconformidad con la prestación del servicio de mediación familiar, desde el inicio de los nuevos contratos en julio 2015 y hasta noviembre 2016, se tramitaron 88 reclamos de usuarios. Lo anterior implicó una baja cercana al 49,71% de los reclamos tramitados en similar periodo con centros de mediación bajo el anterior modelo de contratación.

En la misma línea de evaluación de los centros de mediación contratados por esta Cartera de Estado, debido al cambio del sistema de contratación, la Unidad de Mediación debió también reinventarse para satisfacer las necesidades del nuevo servicio, por ello este año la sub área de Auditoría e Inspecciones, realizó auditorías

³⁹ Encuesta de Satisfacción Proceso de Mediación, [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017], Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>.

mensuales para revisar la efectividad de las normas de administración de causas en el Sistema Informático de Mediación Familiar SIMEF, auditándose 10.756 causas a nivel nacional a través de una muestra aleatoria y una revisión mensual del universo total de causas de mediación, para la verificación de los plazos de tramitación y el agendamiento de las primeras sesiones.

Este año 2016, en el marco de los 10 años del sistema en nuestro país, se establecieron tres ejes de mejora en la ejecución de la política pública de mediación familiar, a saber: Acceso y comunicación con los usuarios del servicio, Relación con la comunidad mediadora y Automatización y facilitación de los procesos.

En cuanto al primer eje, acceso y comunicación con los usuarios del servicio, este año se rediseñó el sitio web www.mediacionchile.cl con la finalidad de establecer un canal más cercano e intuitivo con el usuario y público en general, sitio que tiene en promedio 1.600 visitas diarias. Se implementó también un nuevo medio de comunicación con el usuario, el fanpage del Sistema Nacional de Mediación Familiar, el que ha masificado la comunicación cercana e inmediata con los usuarios. Asimismo, este año con el fin de mejorar el acceso al servicio, también se implementaron tres nuevas oficinas de mediación en las comunas Alto Hospicio, Mejillones y Cabo de Hornos.

En el eje de relación con la comunidad mediadora, este año se desarrolló el Primer Seminario de Mediación Familiar a nivel nacional, con la participación de un número importante de mediadores de todo el país, el cual más allá de los conocimientos y experiencias compartidas, significó un punto de encuentro de toda la comunidad mediadora chilena.

Durante este año también se comenzó el trabajo de las nuevas bases de licitación tipo para el periodo 2019, recogiendo la impresión desde los actores y prestadores claves en el proceso de mediación familiar a nivel regional, realizándose a la fecha 5 mesas locales.

Asimismo, y en el marco de la ley de tramitación electrónica⁴⁰, que entró en vigencia el 18 de diciembre de 2016 en todo el territorio nacional, en conjunto con la Corporación Administrativa del Poder Judicial, se coordinó el trabajo de una interconexión que permitiera automatizar la remisión de las actas de acuerdo de mediación a los tribunales de familia o de letras con competencia en asuntos de familia. La mencionada reforma, hizo no sólo trabajar con los mediadores licitados sino también sumar a los mediadores familiares que prestan el servicio de forma privada a los usuarios, de forma tal, que desde esta misma fecha ellos también registran y remiten las actas de acuerdo desde el Sistema Informático de Mediación Familiar SIMEF.

Todo este trabajo, nos permitirá además de cumplir con la normativa, contar con información certera acerca de la cantidad de mediaciones familiares privadas que se realizan en el país, y con ello tomar medidas más informadas para la política pública. También en el marco de este eje, a comienzos del año 2016, surge el proyecto agenda tu hora de mediación vía web, proyecto que es diseñado, construido y puesto a disposición de la ciudadanía por la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el mes de mayo de 2016 en forma gradual. El objetivo general del proyecto es la implementación de una herramienta tecnológica que facilite a los usuarios del Sistema Nacional de Mediación Familiar, una búsqueda rápida, cómoda y efectiva del Centro de Mediación más cercano a su hogar o lugar de trabajo, para agendar una sesión de mediación en la fecha y horario que más se adapte a sus necesidades, evitando su asistencia presencial al Centro de Mediación u otra institución para requerir el servicio directamente.

En síntesis, el proyecto agenda tu hora de mediación vía web, tiene las siguientes ventajas para los usuarios y para el sistema⁴¹:

⁴⁰Capacitación en la Forma de Tramitación, Disponible en : <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/capacitacion-en-la-nueva-forma-de-tramitacion-de-las-causas-de-mediacion/>, [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017].

⁴¹Ventajas sistema de Consultas para los Usuarios, Disponible en : <http://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>, Revista de Mediación Familiar, Pp 16.

1. Mejora y aumenta el acceso al servicio de mediación familiar y en consecuencia el acceso a la justicia.
2. Da la posibilidad de seleccionar el centro de mediación, la fecha y hora de la primera sesión de mediación de forma inmediata.
3. Reduce los tiempos de espera y elimina costos de traslado para los usuarios del servicio.
4. Se inicia inmediatamente el flujo de trabajo al interior del centro de mediación para poder llevar a cabo la sesión con todas las partes involucradas.
5. Mejora la carga de trabajo de las asistentes administrativas de los centros de mediación.
6. Distribuye equitativamente las cargas de trabajo entre los centros de mediación contratados por el Ministerio.

Es así, como luego de estos 10 años desde la implementación del sistema de Mediación Familiar, su evolución ha sido con el objeto de mejorar, fortalecer e instaurar un sistema nacional de mediación familiar que brinde un alternativa eficaz, eficiente y oportuna en la resolución de conflictos de naturaleza familiar, para lo cual ha sido clave el trabajo desarrollado por todos los mediadores de nuestro país, así como los distintos actores relevantes que trabajan en el sistema.

Finalmente, implementar una política pública como ésta, no sólo significa la provisión del servicio, sino también un cambio de paradigma en la sociedad chilena en la forma en que se enfrentan los problemas familiares y en general de toda índole, tarea que es responsabilidad no sólo de la Unidad de Mediación Familiar como institución que administra el sistema, sino que también es un desafío de todos quienes trabajan en los centros de mediación y sobre todo, del trabajo que se desarrolla día a día en la sala de mediación con los usuarios, tanto en la búsqueda de acuerdos, como en la entrega de herramientas para la solución de sus propias controversias.

CONCLUSION

La mediación familiar, surge como un procedimiento alternativo, desformalizado y de menor costo que el proceso judicial, que busca soluciones más efectivas en el tiempo, con alcance de equivalente jurisdiccional, estableciéndose de modo previo y obligatorio para descongestionar los tribunales de justicia.

Por ello resulta fundamental estudiar los resultados obtenidos por esta política pública que se aplica desde ya hace años y aportar al debate con propuestas de mejoras. Luego de lo expuesto, he constatado que la mediación previa y obligatoria incentiva su uso, ingresando de esta forma más casos al sistema, lo que se observa tanto en experiencias comparadas como en nuestro país en materia de familia. En efecto, en el caso chileno las estadísticas del Ministerio de Justicia muestran un enorme incremento en el número de causas ingresadas luego de la entrada en vigencia de la Ley 20.286 que estableció la mediación obligatoria. Si bien la obligatoriedad tiende a incentivar el uso de la mediación, es claro que la definición de esta opción presenta reparos importantes toda vez que se ha enfocado en paliar los defectos del sistema de justicia, concretamente en aquellos problemas de congestión de los tribunales en que se ha visto la obligatoriedad de la mediación como una solución concreta.

Ahora bien, la descongestión en el ingreso de causas a tribunales se ha producido y existe una tasa de acuerdos de casos mediados razonable, existe la percepción, según lo que pude recabar, que dicha congestión se ha trasladado a la fase de cumplimiento de los acuerdos, ya que se trataría de convenios muy precarios que terminan judicializándose. Se trata, como decimos de percepciones, pues no hay datos estadísticos sobre el reingreso de causas por incumplimiento, ya sea de acuerdos en mediación u otras formas de término. El incumplimiento de los acuerdos da cuenta de problemas de calidad de los procesos de mediación efectuados, problemas que, entre otros aspectos, encuentran su origen en la formación y desempeño de los mediadores.

La actual exigencia para ser parte del registro sólo establece número de horas, prescindiendo de la definición de contenidos mínimos del plan de estudios, ni de la modalidad del proceso de enseñanza aprendizaje.

Por otra parte, el modelo de provisión de los servicios de mediación también contribuye al déficit de calidad de los procesos. En efecto, conforme a la legislación vigente, el Estado tiene la obligación de asegurar servicios de mediación en todo el país, lo que en situaciones extremas puede llevar a elegir a personas con escasa experiencia en mediación con el fin de dar cobertura en ciertas zonas geográficas. Consideramos que el actual modelo no parece ser el más adecuado, ya que coarta al Estado restringiendo la elección de profesionales con mayor experiencia con el fin de asegurar la cobertura a nivel nacional. Desde esa perspectiva, creo que debiera evaluarse la posibilidad de transitar hacia un modelo de provisión de servicios de carácter mixto, con mediadores licitados y otros institucionales, con el fin de profesionalizar el sistema, entregando un servicio más completo, donde no solo sea la figura de mediador vista solo como interlocutor entre ambas partes, sino que además contribuya a dar solución a la raíz del problema, y que no solo se remita a llegar a un acuerdo en una sola sesión, sino que cada mediador otorgue el tiempo necesario para cada caso concreto.

Por último, el sistema de pagos de los servicios adolece del grave defecto de rigidizar el proceso de mediación, ya que restringe el abordaje de los conflictos interpersonales que se expresan de distintas formas y los somete a una clasificación forzada desde las materias sometidas a su conocimiento. Si bien el Ministerio ha realizado esfuerzos para subsanar este defecto a través de reformas a los pagos e incentivos, éste sigue adoleciendo de un problema que reafirma la lógica de los incentivos perversos para el mediador. Parece clave avanzar en un sistema de pagos ajeno a todo tipo de incentivos que perturben el proceso de mediación y que no generen las diferencias que se observan entre mediadores privados y licitados.

Se hace imprescindible hacerse cargo de todos estos aspectos, puesto que la legitimidad del sistema implementado depende no sólo de sus posibilidades de ofrecer un servicio alternativo a la vía judicial y con ello absorber parte importante de la

demanda, sino que del cumplimiento de las exigencias propias del proceso de mediación que permita la comunicación entre las partes, el logro de acuerdos si se dan las condiciones para ello y la perdurabilidad de éstos, resulta fundamental visibilizar la mediación como un modelo que da respuestas que van más allá de la descongestión de los tribunales y posicionarla en el sistema actual desde los objetivos que efectivamente cumplen los sistemas de resolución alternativa de conflictos.

BIBLIOGRAFIA

ALFARO, ROJAS, SIERRA y VASQUEZ. La mediación en Chile. Proyecto Mejorando el acceso a la justicia y resolución colaborativa de conflictos. Santiago de Chile: financiado por la Unión Europea y AGCI-Ministerio de Justicia, 2011. 31 p.

BOLAÑOS, J.I. Mediación Familiar: Una Forma Diferente de Entender la Justicia, Información Psicológica, (60):25, 2006.

CANALES NETTLE, Patricia; LOISEAU, Virginia, CONNELLY, Thomas, La Mediación Familiar, Conceptos Generales y Legislación Extranjera. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Julio 2003. 108 p.

CAPACITACIÓN EN LA FORMA de Tramitación, [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017], Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/capacitacion-en-la-nueva-forma-de-tramitaci%C3%B3n-de-las-causas-de-mediaci%C3%B3n/>.

CASTRO LIZANA, Natalia. Mediación Familiar en Chile. Un análisis de las decisiones técnicas del mediador durante la resolución del conflicto. Tesis de Magister en Análisis Sistemico Aplicado a la Sociedad. Universidad de Chile, 2015. 74 p.

CONCEPTO DE MEDIACIÓN Familiar, [Fecha Consulta: 16 de Enero 2017], Disponible en: <http://webs.advance.com.ar/sanrafa/concepto.htm>.

DE TOMASSO, Antonio. Mediación y trabajo social. Santiago Chile: 1996. 49 p.

DUPUIS, Juan Carlos. Mediación y Conciliación, Mediación Familiar y Patrimonial, Buenos Aires, Argentina: Abelero-Perrot, 1997. 477 p.

ENCUESTA DE SATISFACCIÓN Proceso de Mediación, [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017], Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>.

ESCRIVA, Javier. Matrimonio y mediación familiar, Madrid: Rialp, 2001. 160 p.

Ley 19.968, CHILE. Tribunales de Familia, Publicada en el Diario Oficial del 30 de Agosto de 2004, Santiago, Chile.

Ley 20.066, CHILE. Violencia Intrafamiliar, Publicada en el Diario Oficial del 07 de Octubre de 2005, Santiago, Chile.

Ley 20.286, CHILE. Publicada en el Diario Oficial del 15 de Septiembre de 2008, Santiago, Chile

LA MEDIACIÓN FAMILIAR, Conceptos Generales y Legislación Extranjera. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, 2003.

MOORE, Christopher. El Proceso de Mediación, Buenos Aires: Granica, 2006. 86 p.

PERFIL PROFESIONAL de los Mediadores, [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017], Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016>

SUARES, Marines. Mediando en Sistemas Familiares. Buenos Aires: Paidós, 2002. 416 p.

STOEHREL MAES, Carlos Alberto. De las disposiciones comunes a todo Procedimiento y De los Incidentes. 5ª.ed. Santiago Chile: Jurídica de Chile, 1995. 105 p.

UNIVERSIDAD CENTRAL. Auditoria de evaluación de la calidad del proceso de mediación familiar, Informe revisado. Santiago: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y División Judicial Centro de Mediación y Arbitraje, 2013.

VARGAS M, Mediación obligatoria y algunas razones para justificar su incorporación, Revista de Derecho, XXI: 202, Diciembre 2008.

VENTAJAS SISTEMA de Consultas para los Usuarios, Revista de Mediación Familiar. [Fecha Consulta: 29 de Enero 2017], Disponible en:
<http://www.mediacionchile.cl/media/2017/01/libro-mediacion22-12-2016.pdf>

